Der Rückgabeanspruch des Vermieters gegen den Untermieter

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt

von

Manfred Richter
Referendar

Breslau
Druck von H. Fleischmann
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Herbert Meyer**.
Korreferent: Professor Dr. **Leonhard**.

Meinen Eltern

Inhalt.

	Seite
I. Einleitung	1
II. Hauptteil:	
Geschichtliche Vorbemerkung	3
Abhandlung:	
A. Juristische Konstruktion des Anspruchs aus § 556 Abs. 3:	
1) Allgemeines	6
2) Der Anspruch als auf dinglicher Grundlage beruhend:	
a) Ansicht von Kober (Besitzentziehung)	6
b) „ „ Fuld und Friderici (Besitzstörung)	7
c) „ „ Nissen	7
d) „ „ Hellwig (Deutschrechtliche Mobiliarvindikation)	10
3) Der Anspruch als auf obligatorischer Grundlage beruhend	18
a) Ansicht von Dernburg, Brückner und Eck (actio in rem scripta) und von Kohler (überspringendes Schuldverhältnis)	19
b) Ansicht von Stammler (actio utilis)	20
c) „ „ Romeick (eigene, ursprüngliche Verpflichtung)	20
d) „ „ Oertmann (gesetzliche Schuldübernahme)	24
e) „ „ Mittelstein, Borcherdt u. a. („aus dem Vertrage“)	26
f) „ „ Planck (Gesamtschuld)	28
B. Einwendungen des Untermieters gegen den Anspruch:	
1) Allgemeines	33
2) Einwendungen wegen Verwendungen:	
a) des Untermieters	35
b) des Mieters	39
Excurs: Wegnahmerecht	47

Seite

3) Einwendungen, die sich aus den Voraussetzungen des Anspruchs gegen den Untermieter ergeben . . 49
4) Einwendung des Eigentums an der Mietsache:
a) bezüglich des Untermieters 52
b) bezüglich des Mieters 53
5) Einwendung der Erfüllung 53
6) Erlass der Pflicht des Mieters; Verzug auf seiten des Vermieters; Verjährung 54
7) Prüfung der eventuellen Rechtskraft eines gegen den Mieter erlassenen Räumungsurteils für den Untermieter 54

II. Schluss 59

Literatur-Verzeichnis.

Arnold: Die Wohnungsmiete nach dem BGB. München 1900.

Borcherdt: Das Mietsrecht nach dem BGB. Breslau 1899.

Brückner: Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem BGB. Leipzig 1902.

Chary: Das Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter nach dem BGB. Inaug.-Dissert. Leipzig 1907.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1902.

— Die partiarischen Rechtsgeschäfte. 1897.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB. 1896.

Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 1906.

— Pandekten, I. 1900.

— Lehrbuch des preussischen Privatrechts. Berlin 1895.

Eck: Verträge über das Recht des BGB., fortgeführt von Leonhard. Berlin 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. 1905.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht, Bd. I. Marburg 1908.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1909.

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Entwurf eines BGB. 1. Lesung, Amtliche Ausgabe 1888.

Fischer: in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, (2. Folge, 4. Bd. Jena 1899): Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, München, 8. Aufl. 1909.

Fränkel: Das Miet- und Pachtrecht nach dem BGB.

Friderici: Das neue Mietrecht zum praktischen Gebrauche. 1900.

Fuld: Das Mietrecht nach dem BGB. Leipzig 1898.

Hellwig: Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hruza: Korrealobligation und Verwandtes nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines BGB. Leipzig 1895.

Kantorowicz: Die Lehre von der Untermiete. Inaug.-Diss. Jena 1900.

Kober: in Staudingers Kommentar zum BGB. für das Deutsche Reich. Bd. II, Besonderer Teil. 1910.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II. 1906.

— Zwölf Studien zum BGB. 1900.

— Pfandrechtliche Forschungen. Jena 1882.

Kuttner: Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. 1908.

Mendelssohn-Bartholdy: Grenzen der Rechtskraft. Leipzig 1900.

Mittelstein: Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reiches. Berlin 1909.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB. Bd. II. 1888.

Neumann: Handausgabe des BGB. Bd. I. Berlin 1905.

Niendorff: Mietrecht nach dem BGB. Berlin 1907.

Nissen: Ein Beitrag zur Struktur der Ansprüche an den Dritten aus § 556 u. § 604 BGB., in Juristischer Wochenschrift. 1903.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Buch. 1910.

Pincus: Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter. Inaug.-Diss. Leipzig 1909.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Bd. 1907.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd II. 1898.

Rappaport: Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. Berlin 1904.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen.

Reiche, v.: Die Untermiete. Inaug.-Diss. Breslau 1908.

Romeick: Zur Technik des BGB. Heft 2, Die abgeleitete Schuld. Stuttgart 1902.

Rosin: Das Recht der Untermiete nach gemeinem Recht und BGB. Inaug.-Diss. Greifswald 1901.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. Berlin 1904.

Schröder: Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Vermieter und dem Untermieter nach heutigem Rechte. Inaug.-Diss. Leipzig 1909.

Schubart: Die Untermiete. Inaug.-Diss. Greifswald 1900.

Stammler: Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten, in der Festgabe der Juristen-Fakultät Halle zu Dernburgs 50jährigem Doktorjubiläum.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II. 1906.

Wach: Rechtskraft, 1899.

Wolff: Das Recht zum Besitze. Sonderausgabe aus der Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin. Berlin 1903.

Untermiete ist ein Mietsvertrag, bei dem der Mieter einer Sache diese an einen dritten weitervermietet. Es liegen also zwei Vertragsverhältnisse vor: einerseits das Hauptmietverhältnis zwischen Hauptvermieter und Hauptmieter, und andererseits das Untermietverhältnis zwischen Hauptmieter (Untervermieter) und Untermieter.

Beide Mietsverhältnisse stehen, obwohl ihrem Wesen nach von gleicher Natur, völlig selbständig nebeneinander da: der Hauptmietvertrag wird durch den Untermietvertrag nicht berührt, und ebenso ist dieser — wenn auch seine Entstehung durch jenen bedingt ist, in seiner Begründung und seiner Rechtswirkung von ihm unabhängig (obwohl es natürlich der Parteivereinbarung überlassen bleibt, einen Konnex der beiden Verträge herzustellen, z. B. durch Beitritt des Vermieters zum Untermietsvertrage; doch auch in diesem Falle zeigen die so geschaffenen Rechtsbeziehungen ihre Wirkung erst nach Beendigung des Hauptmietvertrages, indem von diesem Zeitpunkt ab Vermieter und Untermieter gleichermassen berechtigt und verpflichtet sind, wie bis dahin Vermieter und Mieter[1])). Ein obligatorisches Verhältnis zwischen Untermieter und Vermieter entsteht selbst dann nicht, wenn dieser ausdrücklich die Untermiete genehmigt[2]).

Der in § 556 Abs. 3 dem Vermieter gegen den Untermieter gewährte unmittelbare Rückgabeanspruch

---

[1]) Fuld, S. 111. Borcherdt, S. 97. Kantorowicz, S. 71. Chary, S. 9.

[2]) Staudinger, Anm. IX zu § 549. Fuld, S. 108.

bildet also eine wichtige Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen. Er verkörpert die Wirkung eines persönlichen Schuldverhältnisses auf den Singularsukzessor des Schuldners, während sich das Schuldverhältnis für gewöhnlich, gemäss § 241 BGB., in dem Forderungsrecht gegen den Schuldner erschöpft[1]). Der Anspruch gewährt, wie Nissen[2]) sich ausdrückt, dem Vermieter als Berechtigten das Recht, eine Leistung vom Untermieter als einem Verpflichteten zu erlangen, mit dem ihn gar kein rechtliches Band verbindet.

Der Vollständigkeit halber sei vorweg darauf aufmerksam gemacht, dass der Anspruch sich als ein Recht darstellt, das dem Vermieter in seiner Eigenschaft als solchem gegeben ist, ohne das Verhältnis zu berücksichtigen, in dem der Vermieter sonst zu der Mietsache steht, d. h. ob er beispielsweise Eigentümer derselben ist. Denn in solchem Falle greifen besondere Bestimmungen Platz, die unten noch besprochen werden sollen, während unser Anspruch, wie gesagt, auf jeden Vermieter passt.

Entsprungen ist die gesetzliche Statuierung des Anspruchs einem „dringenden praktischen Bedürfnis“[3]), denn ohne sie bliebe nur — abgesehen von dem eben erwähnten Fall, der Vermieter könne auf Grund des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechts von jedem Inhaber die Herausgabe der Sache verlangen — der schleppende Weg von § 886 ZPO., wonach sich der Vermieter den Anspruch des Mieters gegen den Untermieter abtreten oder überweisen lassen müsste; und auch dieses Mittel „würde versagen, wenn der Mieter nach dem Mietvertrage zwischen ihm und dem Untermieter noch nicht zur Rückforderung befugt wäre“[4]).

Der Gesetzgeber hat sich aber damit begnügt, die positive Vorschrift zu geben, ohne sich über ihren recht-

---

[1]) Neumann, S. 128 No. 4.
[2]) Nissen, S. 202.
[3]) Prot. d. Komm. f. d. 2. Les. d. BGB. II, S. 190.
[4]) Prot. S. 190.

lichen Charakter näher zu erklären. Auch die Denkschrift S. 106 sagt nur ganz allgemein, dass der Anspruch „aus dem Vertrage des Mieters entsprungen“ sei. Wieso aber der an dem Hauptmietvertrage gar nicht beteiligte Untermieter ohne weiteres haftet, darüber fehlt der Nachweis.

Die juristische Konstruktion des Anspruchs ist demnach der Entscheidung durch die Wissenschaft überlassen. Diese hat sich auch in umfangreichem Masse mit dieser Frage beschäftigt, ohne dass jedoch „eine Einigung oder wenigstens eine von der überwiegenden Mehrheit angenommene Meinung“[1]) erzielt worden ist. Eine solche wäre um so wünschenswerter, als die Beantwortung der Frage von grösster Bedeutung ist bezüglich der Einwendungen, die dem Untermieter gegen den Hauptvermieter zu geben sind. Die vorliegende Arbeit wird sich mit diesen in ihrem zweiten Teile beschäftigen; der erste Teil soll dem Versuche gewidmet sein, die zahlreichen Ansichten über die juristische Struktur des Anspruchs selbst zu sammeln und zu sichten, gemeinsame Gesichtspunkte in ihnen aufzusuchen und einen brauchbaren Kern herauszuschälen, um so vielleicht das harte Urteil Lügen strafen zu können, das einst über die verschiedenen Auslegungsarten gefällt wurde, dass nämlich „die Versuche, den Rückgabeanspruch richtig zu konstruieren, als misslungen erschienen“[2]).

Die Untermiete begegnet uns bereits im römischen Recht. Ihre wirtschaftliche Ursache hängt, da sie uns hauptsächlich als Wohnungsuntermiete entgegentritt, zusammen mit der zunehmenden Bevölkerung der Städte, besonders Roms, und der dadurch entstehenden Erhöhung des Mietzinses. Kleinere Leute waren nicht in der Lage, diesen zu bezahlen, und daher gezwungen, für billiges Geld Unterkunft als Untermieter zu suchen; andererseits

---

[1]) Schröder, S. 13.

[2]) Planck, Anm. 3c zu § 556.

war damit den Untervermietern eine leichte Erwerbsquelle gegeben, die ihnen bei Aufbringung ihres eigenen Zinses zu statten kam.

In Deutschland kommt die Untermiete, wie überhaupt auch die Miete, erst verhältnismässig spät auf. Denn sie hat ihren wirtschaftlichen Grund in der Zusammendrängung menschlicher Wohnungen auf kleine Gebiete, die Städte[1]), den Germanen fehlte aber jede Neigung zum Stadtleben. Die ersten Städte, aus Lagern und Kastellen erwachsen, verdanken den Römern ihre Entstehung, und erst die Ausdehnung des deutschen Reiches über den slawischen Osten brachte eine stärkere und schnellere Entwickelung des Städtewesens mit sich.

Aus der wirtschaftlichen Notwendigkeit, die in Rom, anders wie ursprünglich in Deutschland, der Untermiete eine so hervorragende Bedeutung gewährte, erklärt sich die auch in das gemeine Recht übergegangene Bestimmung, dass der Mieter zur Untervermietung ohne weiteres berechtigt ist, es sei denn, dass der Mietvertrag etwas anderes bestimme. Vgl. 1. 6 C. 4,65: „nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit.“ Diese Vorschrift finden wir ausserdem noch im sächsischen BGB. § 1194 wieder. Anders bestimmte das preussische Recht, das, ebenso wie das geltende, dem Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters die weitere Gebrauchsüberlassung grundsätzlich versagte (s. ALR I, 21 § 309) — in Erwägung, dass der Vermieter an der Individualität des Dritten, der seine Sache gebrauchen soll, naturgemäss ein Interesse haben und die Persönlichkeit dieses Dritten ein wichtiges Moment für seine Entschliessung bilden wird.

Ferner herrschte im gemeinen Recht die Ansicht, dass der Vermieter ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters hätte. Vgl. 1. 11 § 5 D. 13,7. Heute hat der Vermieter ein solches Recht nur seinem

---

[1]) Reiche, S. 1.

Mieter gegenüber, eine Erweiterung desselben auf den Untermieter würde, wie die Motive[1]) sagen, zu ungerechtfertigten Härten und misslichen Verwickelungen führen. Trotz dieser Ausdehnung eines aus dem Hauptvertrage folgenden Rechts auf den Untermieter blieb auch im alten Recht, wie heute, das Prinzip der Unabhängigkeit von Haupt- und Untermietvertrag gewahrt; „denn nur mittelbar durch den Untervermieter wird das Pfandrecht des ersten Vermieters hervorgebracht, es ergab sich aus einer zwischen Vermieter und Mieter stillschweigend eingegangenen Vereinbarung[2])."

Weiterhin finden wir im gemeinen Recht den Unterschied zu heute, dass der Untermieter nach seinem Belieben den (Unter-) Mietzins statt an den Mieter auch an den Vermieter zahlen und sich dadurch befreien konnte.

Wie schon angedeutet, stimmen gemeines und heutiges Recht darin überein, dass Haupt- und Untermietvertrag unabhängig von einander sind und somit Vermieter und Untermieter in keinem vertraglichen Verhältnis zu einander stehen. Dementsprechend hat nach gemeinem Recht der Vermieter ebensowenig wie nach heutigem eine Vertragsklage gegen den Dritten. Ihm stehen, in Ermangelung einer Sonderbestimmung, wie sie das heutige Recht im § 556 Abs. 3 aufstellt, nur Eigentums- und Besitzklagen zur Seite. Dagegen kann sich nach ALR. (I, 21 § 315) der Vermieter, wenn der Mieter unbefugt einen Untermieter angenommen hat, dadurch helfen, dass er auf dessen Entsetzung anträgt, allerdings auch erst nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses[3]).

Prüfen wir diese geschichtlichen Notizen daraufhin, ob sie uns vielleicht einige Anhaltspunkte für den Charakter unseres Anspruchs geben, so werden wir solche vergebens suchen. Wir kommen höchstens in gewisser

---

[1]) Mot. S. 405.
[2]) Kantorowicz, S. 45.
[3]) Brückner, S. 101, Anm. 2.

Hinsicht zu einem Ergebnis, wenn wir uns vergegenwärtigen, dass das römische Recht dem Mieter Detention gewährte. Als einen solchen Detentor werden wir nun auch den Untermieter ansehen dürfen, und zwar ergibt sich dies aus 1. 25 § 1 D. 41,2: et per colonos aut inquilinos aut servos nostros possidemus: et si . . . . . alii locent intellegimur nos retinere possessionem. Nach der gemeinrechtlichen Anschauung steht den Detentoren (also auch dem Untermieter) aber in Gestalt der Spolienklage Besitzschutz zu[1]), und diesen Besitzschutz könnte der Untermieter eventuell gegen den Vermieter zur Geltung bringen, wenn dieser ihm die Mietsache gewaltsam entzogen hätte. Dieses Ergebnis ist aber deswegen für uns bedeutungslos, als es dem Untermieter ein Gegenrecht gegen den Vermieter nur für den Fall gewährt, dass dieser seinen Herausgabeanspruch bereits (wenn auch eigenmächtig) in die Tat umgesetzt hat. Wir aber suchen Einwendungen, mit denen der Untermieter diesen Anspruch abwehren kann, damit er nie verwirklicht werde.

Wenden wir uns nun der Frage nach der juristischen Konstruktion des Anspruchs zu.

Die zahlreichen Erklärungsversuche über diese lassen sich in zwei Gruppen teilen: trotz aller sonstigen Unterschiede ist die Begründung der einen dem Sachenrecht entnommen, während die anderen auf dem Rechte der Schuldverhältnisse basieren.

Gehen wir zunächst auf eine nähere Betrachtung der ersten Gruppe ein.

Am schärfsten finden wir die Ansicht derselben, der Rückgabeanspruch des Vermieters gegen den Untermieter leite sich aus dem Sachenrechte her, bei Kober ausgeprägt[2]). Seiner Meinung nach entzieht der Untermieter, der nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses gleichwohl wohnen bleibt, gewissermassen durch verbotene

---

[1]) Dernburg, Pand. 8. 447.

[2]) Staudingers Komm. z. BGB., Erl. III, 5 zu § 556.

Eigenmacht dem Vermieter widerrechtlich den Besitz, und diesem steht daher der Anspruch aus § 556 Abs. 3 als eine Art Besitzklage zu, gemäss § 861 BGB. Die Begründung dieser Ansicht sieht Kober in der Erwägung, „dass zwischen Vermieter und Untermieter kein kontraktliches Verhältnis besteht, und dass die Untermiete einzig und allein in der Hauptmiete wurzelt, also mit deren Beendigung dem Vermieter gegenüber keinerlei Berechtigung mehr hat".

Der Ansicht Kobers kommen am nächsten Fuld und Friderici. Auch sie sehen den Anspruch des Vermieters gegen den Dritten als eine Besitzklage an, aber nicht als Besitzentziehungsklage gemäss § 861, sondern als Besitzstörungsklage aus § 862 BGB. Vgl. Fuld[1]) (der Untermieter störe den Vermieter, wenn er nach Beendigung des Mietsverhältnisses weiter in der Wohnung bleibe, unberechtigt im Besitze), und Friederici[2]) (der den Untermieter unter denselben Voraussetzungen als eine Person auffasst, die unberechtigt in das Haus des Vermieters eingedrungen ist).

Einen Besitzstörungsanspruch nimmt im Grunde genommen auch Nissen[3]) an, wenn er auch nicht direkt von einem solchen spricht. Er lässt den Anspruch aus zwei Tatbestandstücken entstehen: aus der Gebrauchsüberlassung der Sache an den Untermieter und der Weigerung desselben, die Sache nach Beendigung des Hauptvertrages, trotz Aufforderung, zurückzugeben. Dieses „Beharren des Dritten im unbefugten Gebrauche" betrachtet er als — wenn auch nur objektive — Mitwirkung bei einer Handlung (des Mieters), durch die das obligatorische Recht eines anderen (des Vermieters) verletzt wird. Dieser Annahme ist jedoch deswegen nicht zuzustimmen, weil das Schuldverhältnis zwischen Vermieter und Mieter nur zwischen diesen beiden Personen rechtliche Wirkung haben kann, die Forderung des Vermieters

[1]) Fuld S. 109.
[2]) Friderici S. 45.
[3]) Nissen, S. 202.

daher nur der Mieter verletzen könnte. Wenn Nissen trotzdessen eine Verletzung dieser Forderung durch einen Dritten, den Untermieter, unterstellt, so kommt er damit, ohne es selbst zu wollen, zu der von Fuld und Friderici vertretenen Ansicht[1]).

Dieser Annahme einer Besitzentziehungs- bezw. Besitzstörungsklage, deren Voraussetzung „verbotene Eigenmacht" von seiten des Dritten ist, stehen mancherlei Bedenken entgegen.

Allerdings ist der Gegengrund nicht stichhaltig, den Planck und Kober anführen, dass nämlich „nach dem unzweideutigen Wortlaut" von § 869 BGB., verbotene Eigenmacht immer nur gegen den unmittelbaren Besitzer (in unserm Falle den Untermieter) verübt werden könne, niemals gegen den mittelbaren, als der uns gerade der Vermieter entgegentritt[2]). Dies ist nicht zwingend. Denn § 869 spricht dem mittelbaren Besitzer die Ansprüche aus §§ 861 ff. auch dann zu, wenn gegen den mittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht geübt wurde. Jedenfalls geht aus dem erwähnten § 869 nicht hervor, dass unter „Besitzer" nur der unmittelbare zu verstehen sei. Eine solche Beschränkung würde auch schon im Widerspruch stehen zu den §§ 861, 862, aus denen man die Aufstellung des Anspruchs bei Eigenmacht auch gegen den mittelbaren Besitzer folgern kann[3]).

Die Gründe, die gegen den Anspruch als Besitzentziehungs- oder Besitzstörungsklage ins Feld zu führen sind, sind vielmehr anderer Natur.

Es erstreckt sich nämlich einmal, wenn § 869 BGB. den Besitzschutz der §§ 861, 862 auf den mittelbaren Besitzer ausdehnt, diese Ausdehnung nur gegen widerrechtlich eingreifende Dritte, sie ist aber natürlich hinfällig gegenüber dem unmittelbaren Besitzer, dem Unter-

---

[1]) Vgl. hierzu Oertmann, Anm. 3a zu § 556.

[2]) Planck, Anm. 1a zu § 869. Kober, Anm. 1e zu § 869.

[3]) vgl. Fischer-Henle § 858 Anm. 1 in Verbindung mit § 861 Anm. 3 u. § 862 Anm. 1.

mieter, dem ja der Schutz der genannten Paragraphen in erster Linie zu Gute kommen soll. Denn das ist ja gerade das Wesen und die Aufgabe des Besitzschutzes, dass er tatsächliche Verhältnisse schirmen soll, ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende Recht. Vgl. auch Denkschrift: „Ebensowenig bedarf der mittelbare Besitzer der Besitzansprüche im Verhältnis zu dem unmittelbaren Besitzer; gegen Uebergriffe des letzteren bietet ihm der Anspruch aus dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisse genügenden Schutz“[1]).

Weiterhin ist gegen die Kober'sche etc. Ansicht als argumentum e contrario zu bemerken, dass § 556 Abs. 3 auch Anwendung findet auf die Pacht, die den Bestimmungen der Miete untersteht (§ 581 BGB.). Gegenstand der Pacht können auch Rechte sein, an Rechten aber, abgesehen von Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten[2]) kennt das BGB. keinen Besitz, es kann also von Besitzstörung oder Entziehung nicht die Rede sein.

Auch das Ziel, das die Besitzentziehungs- bezw. Störungsklage verfolgt, ist ein anderes wie bei unserem Anspruch. Der eben angedeutete Schutz tatsächlicher Verhältnisse, den die Besitzklagen bezwecken, wird oft nur eine vorläufige Regelung der Rechtsverhältnisse bedeuten, denn er wird der siegenden Partei entzogen werden müssen, wenn der unterlegene Gegner in einem späteren petitorischen Prozess ein besseres Recht zum Besitz geltend macht. Im Gegensatz dazu soll der Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter einen endgiltigen Rechtszustand schaffen, ebenso wie der Anspruch gegen den Hauptmieter[3]).

Endlich müsste, wenn wir verbotene Eigenmacht annehmen wollten, der daraus resultierende Rückgabean-

---

[1]) Denkschrift, S. 114.
[2]) Engelmann, S. 488.
[3]) Chary, S. 21.

spruch nach § 864 schon nach Ablauf eines Jahres erlöschen, während er unstreitig der ordentlichen dreissigjährigen Verjährung unterliegt.

Ebenfalls auf sachenrechtlicher Grundlage beruht die Definition, die Hellwig dem Anspruch aus § 556 Abs. 3 gibt [1]).

Er geht aus von den Normen über die Beschränkungen, denen der Eigentumsanspruch gegenüber einem Besitzer unterliegt, der die streitige Sache von einem Besitzmittler erhalten hat, d. h. von jemandem, der seinerseits dem Eigentümer oder sonst dinglich Berechtigten gegenüber ein Recht zum Besitz der Sache hat. Bei solcher Rechtslage kann der jetzige unmittelbare Besitzer dem Eigentümer etc. die Herausgabe der Sache so lange verweigern, als es der Besitzmittler auf Grund seines obligatorischen Rechts auf Ueberlassung der Sache darf; d. h. der unmittelbare Besitzer kann den obligatorischen Anspruch, den er dem Besitzmittler gegenüber hat, dem dinglichen des Eigentümers etc. entgegensetzen (§ 986 Abs. 1 Satz 1 BGB.), selbst dann, wenn der Besitzmittler den Besitz unbefugt an den Dritten weitergegeben hat (§ 986 Abs. 1 Satz 2). Ist aber das obligatorische Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzmittler einmal beendet, so entfällt damit die Einwendung des Dritten, und er muss die Sache dem Eigentümer nach § 985 herausgeben.

Mit diesen Vorschriften steht nach Hellwig die Norm des § 556 Abs. 3 „im engsten Zusammenhang". Auch hier, meint er, liege ein Anspruch des mittelbaren Besitzers, des Vermieters, gegen einen unmittelbaren Besitzer, den Untermieter, vor, der sein Recht von einem Besitzmittler, dem Mieter, ableitet. Dieser Anspruch sei zwar obligatorisch, aber „dinglich radiziert", er sei nichts anderes, „als die deutsch-rechtliche, trotz der romanistischen Verkleidung in das BGB. aufgenommene Mobiliarvindikation" nach § 1006. Die Klage hat nach ihm also rein

[1]) Hellwig, Verträge, S. 420 ff.

petitorischen, nicht possessorischen Charakter wie bei den vorhin genannten. Seine Ansicht ist diesen gegenüber die strengere: die Klage ist schon gegeben bei der einfachen Tatsache, dass der Untermieter im Besitz der Sache ist; nach derder anderen erst bei Vorliegen einer — wenn auch nur fingierten — Besitzstörung, bezw. Entziehung.

Der Hauptton liegt bei Hellwig auf „der Beendigung des Mietverhältnisses", und zwar musste er, da er einmal § 986 zur Unterstützung seiner Ansicht herangezogen hatte, in logischer Konsequenz zu dieser Hervorhebung kommen: erst nach Ablauf des Hauptmietvertrages ist der mittelbare Besitzer und mit ihm der unmittelbare, d. h. in unserem Falle der Mieter und mit ihm der Untermieter, zum Besitz der Sache nicht mehr berechtigt und somit zur Herausgabe verpflichtet; vorher ist das Recht des Vermieters „an der Sache gegenüber dem obligatorischen Rechte, das der Unterbesitzer gegen den Mieter hat, gelähmt[1])", (wogegen allerdings dem Vermieter der nötige Schutz durch das in § 553 gewährte fristlose Kündigungsrecht zusteht). Besonders durch einen vergleichenden Blick auf den Verwahrungsvertrag erhelle die Bedeutung, die die Endigung des Hauptvertrages auf den Anspruch gegen den Dritten ausübt. Denn dort, wo es an einer dem § 556 entsprechenden Vorschrift fehle, könne infolgedessen der Hinterleger jederzeit den Vertrag durch Rückforderung der verwahrten Sache beendigen, mithin auch den Dritten, der in Besitz der Sache gelangt ist, zur Herausgabe zwingen, ohne dass dieser durch die oben erwähnte Einrede aus § 986 Abs. 1 Satz 1 gedeckt sei.

Gegen Hellwigs Auffassung ist mancherlei zu sagen. Um gleich an das letzterwähnte anzuschliessen, werden wir bei näherem Zusehen finden, dass das argumentum e contrario, als das Hellwig den Ver-

---

[1]) Hellwig, S. 422.

wahrungsvertrag für seine Ansicht anführt, nicht stichhaltig ist. Käme es nämlich wirklich ausschliesslich, wie er annimmt, auf die Worte „nach Beendigung des Mietverhältnisses" an, so müsste eine entsprechende Vorschrift bei dem Verwahrungsvertrage dahin gehen, dass der Hinterleger die hinterlegte Sache „jederzeit auch von dem Dritten" herausverlangen könnte. Unter Hinterleger verstehen wir hier natürlich einen solchen, der nicht notwendig zugleich Eigentümer der von ihm hinterlegten Sache ist; denn ist er dies, so greift selbstverständlich, ebenso wie bei dem Vermieter als Eigentümer, die allgemeine Norm des § 986 Platz, d. h., der vermietende, bezw. hinterlegende Eigentümer kann die ihm gehörende Sache von dem besitzenden Dritten für die Zwischenperson (1. Mieter oder 1. Hinterleger) oder für sich selbst verlangen, sobald er dazu berechtigt ist, also bei Miete nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses, bei Hinterlegung jederzeit. — Dieser Spezialfall jedoch, bei dem der Anspruch sich als Vindikation im eigentlichen Sinne des Wortes darstellt, steht hier nicht in Frage; er wurde in unserer Einleitung besonders ausgeschlossen und dabei betont, dass sich unsere Untersuchungen mit dem Anspruch des Vermieters als solchem beschäftigen sollten, d. h. mit dem Anspruch, der einem jeden Vermieter zusteht, gleichgültig, ob er zugleich Eigentümer sei oder nicht. Wir dürfen daher, wenn wir den Hinterleger zum Vergleich heranziehen, in entsprechender Weise nicht danach fragen, ob er Eigentümer ist. — Um also nach dieser Feststellung zu rekapitulieren: das Gesetzbuch müsste, wenn der Hauptton wie bei Hellwig ausschliesslich auf der „Beendigung des Mietverhältnisses" läge, analog für den Verwahrungsvertrag dem Hinterleger (als Nichteigentümer) jederzeit einen Anspruch gegen den Dritten gewähren. Eine derartige Vorschrift gibt aber das Gesetzbuch nicht, und sie ist auch nicht stillschweigend aus den übrigen Bestimmungen zu entnehmen. Im Gegenteil, aus dem Schweigen des Gesetzes ist zu

schliessen, dass ein solches Recht dem Hinterleger (als Nichteigentümer) nicht zustehen soll, denn ein solches Recht würde sich, ebenso wie der Anspruch aus § 556 Abs. 3, als eine Ausnahme von den allgemeinen Prinzipien des Rechts darstellen, nämlich als Anspruch eines Gläubigers gegen einen Schuldner, die beide durch kein rechtliches Band verbunden sind. Eine solche Ausnahme wäre sicherlich, wie analog im § 556 Abs. 3 geschehen, vom Gesetzgeber in Form einer ausdrücklichen Vorschrift in den Gesetzestext gebracht worden. Da dies nicht geschehen ist, entbehrt es jeder Grundlage, wenn Hellwig trotzdessen dem Hinterleger einen solchen Anspruch zusprechen will[1]).

In dieser Hinsicht glauben wir Hellwigs Ansicht somit genügend widerlegt zu haben. Wir können aber nicht einen weiteren Gegengrund als stichhaltig anerkennen, den Romeick und Pinkus gegen ihn ins Feld führen. Entsprechend der Bedeutung nämlich, die Hellwig der Beendigung des Mietsverhältnisses zuschreibt, hält er beim Verwahrungsvertrage eine Bezugnahme auf § 986 Abs. 1 für überflüssig, da ja die in diesem Paragraphen gegebene Einrede wegen des immer wirksamen Rückforderungsrechtes des Hinterlegers niemals praktisch werden würde. Die beiden Genannten argumentieren nun: Wenn Hellwig auf § 556 Abs. 3 den § 986 Abs. 1 angewendet wissen will, so müsste er zugleich auch die in § 985 enthaltene rei vindicatio mit auf das Untermietverhältnis anwenden, aus der § 986 erst als Folgesatz abgeleitet ist. Diese rei vindicatio, d. h. in unserem Falle ein Anspruch des Vermieters gegen jeden Dritten, sei ihm aber keineswegs gegeben, sondern nur eine Forderung speziell gegen den Untermieter, nicht gegen andere Besitzer wie Verwahrer und Pfandgläubiger[2]).

---

[1]) Vgl. Reiche, S. 105.
[2]) Romeick, S. 16. Pincus S. 48.

Diese Argumentation halten wir nicht für richtig. Wenn wir nämlich (wie auch Hellwig tut) den Kläger sich gemäss § 1006 Abs. 3 BGB. auf sein zu vermutendes Eigentum stützen lassen, so wird diese Vermutung durch die Behauptung des Beklagten, er sei Verwahrer des Mieters etc. (also nicht Eigentümer) nicht widerlegt. Und auch § 986 BGB. steht dem Verwahrer oder Pfandgläubiger nicht mehr zur Seite, wenn der Mieter nicht mehr zum Besitze berechtigt ist. Man kann also, ohne sein Eigentum zu beweisen, die Sache auch vom Verwahrer des Verwahrers oder Mieters herausverlangen, ebenso wie vom Untermieter.

Wenn wir also Hellwig in dieser Hinsicht auch Recht geben müssen, so stehen doch weitere gewichtige Gründe seinen Ausführungen entgegen, die seine Auffassung von § 556 Abs. 3 als „deutschrechtliche Mobiliarvindikation“ als verfehlt erscheinen lassen. Dies wird allein schon deutlich durch die einfache Tatsache, dass die in dem eben erwähnten § 1006 Abs. 3 BGB. enthaltene Eigentumsvermutung, auf die Hellwig die Klage stützt, nur für bewegliche Sachen gilt, während der Anspruch doch auch dem Vermieter einer unbeweglichen Sache zusteht[1]). Ein solcher müsste demnach erst sein Eigentum beweisen, sofern er nicht im Grundbuch eingetragen ist, — ein unhaltbares Ergebnis! Ferner ist der Anspruch des Vermieters unabhängig vom Eigentum an der vermieteten Sache, ja er ist eventuell sogar dem Nichteigentümer gegenüber dem Eigentümer gegeben, was im Sinne der Mobiliarvindikation gemäss §§ 1006, 1007 nur bei bösem Glauben des Beklagten der Fall sein würde[2]).

Gegen die Begriffsbestimmung des Anspruchs als einer petitorischen Klage nehmen ferner die Protokolle selbst Stellung: „..... Bedürfnis gebiete, dem Ver-

---

[1]) Romeick. S. 15.

[2]) Oertmann, Anm. 3a zu § 556.

mieter ..... unter allen Umständen auch einen unmittelbaren Anspruch gegen den Untermieter auf Räumung bezw. Rückgabe der Mietsache zu geben. Ohne eine besondere positive Vorschrift würde der Vermieter einen derartigen Anspruch nur dann haben, wenn er auf Grund des Eigentums oder anderen dinglichen Rechts von jedem Inhaber die Herausgabe der Sache verlangen könnte“[1]). Also sollte gerade etwas anderes als eine petitorische Klage dem Vermieter an die Hand gegeben werden. Eine solche wäre eine überflüssige Wiederholung von § 985 gewesen.

Des weiteren ist zu beachten, dass der Abs. 3 des § 556 durch das Wort „auch“ Bezug nimmt auf die Vorschrift des Abs. 1, die doch unstreitig obligatorisch, als aus dem Vertrage zwischen Vermieter und Mieter hervorgehend, ist[2]). Ist es nun „an sich denkbar, dass diese Vertragsklage mit der petitorischen Klage gegen den Dritten vom Gesetz durch das Wort „auch“ zusammengekoppelt sein soll“[3])? — Allerdings darf die Bedeutung dieses Wortes „auch“ nicht, wie Romeick es später tut[4]), soweit ausgedehnt werden, dass nach Beendigung des Hauptvertrags der Untermieter in gleicher Weise wie der Mieter für die Rückgabe haften soll, d. h. auch für den Fall, dass er den Besitz der Sache (durch Rückgabe an den Mieter) bereits wieder aufgegeben hat. „Es wäre durch nichts gerechtfertigt, wenn der Dritte, ... z. B. weil er die Sache schon an seinen Untervermieter gemäss § 556 Abs. 1 zurückgegeben hatte, verpflichtet sein sollte, für die Zurückgabe an den Erstvermieter aufzukommen“[5]). Der Anspruch gegen den Untermieter fliesst zwar aus dem Hauptmietverhältnis heraus, aber ihm kann vom Untermieter, anders wie vom Mieter, die Einrede des

---

[1]) Prot. S. 190.
[2]) Oertmann, Anm 3a zu § 556.
[3]) Romeick, S. 17.
[4]) Romeick S. 19, 20.
[5]) Mittelstein, S. 454.

Nichtbesitzes entgegengehalten werden, und der Untermieter braucht sich nicht, wie der Mieter, die Sache (vom Mieter) wieder zu verschaffen, um sie (nun dem Vermieter) zurückgeben zu können, oder eventuell Schadensersatz leisten. Derselben Ansicht ist auch Nissen, „da der Wert der Sache ihm (dem Untermieter) aus § 556 nicht abgefordert werden" kann: denn läuft sein Besitzverlust dem Untermietvertrage entgegen, so ist der Vermieter, als nicht am dem Vertrage Beteiligter, nicht aktiv legitimiert; „ist aber das Verhalten ein solches, wie es den Mieter nach dem Hauptmietvertrage für den Verlust haftbar machen würde, so kann die (passive) Erstreckung des zwischen Vermieter und Mieter bestehenden Kontraktrechtes auf den Dritten nicht dazu führen, dass die Kontraktsklage auch auf Handlungen Anwendung findet, die der Dritte beging, bevor jenes Rechtsband zwischen ihm und dem Vermieter geknüpft war"[1]). Ebenso Planck[2]) „..... Rückgabeanspruch .... richtet sich nur gegen denjenigen Dritten, der ..... die Sache zurückzugeben imstande ist. Eine Haftung des Dritten wegen Unvermögens zur Herausgabe entsteht nach § 292 BGB. mit dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Rückgabeanspruchs ihm gegenüber oder, wenn der Dritte schon vorher mit der Rückgabe in Verzug ist, mit dem Eintritte des Verzugs." Weiter ist derselben Ansicht Hruza[3]): „Vernünftigerweise kann der Dritte nur haftbar sein, wenn er die Sache selbst noch hat, während der Kontrahent auch dann haftet, wenn die Sache sich beim Dritten befindet." Endlich noch Stammler[4]), der den Untermieter, der die Sache bereits dem Mieter zurückgegeben hat, wegen „schuldloser Unmöglichkeit" freiwerden lässt. Dagegen Rappaport[5]):

---

[1]) Nissen, S. 202, 203.
[2]) Planck, Anm. b. zu § 556 Abs. III.
[3]) Hruza, S. 55.
[4]) Stammler, S. 135.
[5]) Rappaport, S. 221.

„Wir glauben, dass der Dritte sich die Rückgabe nicht schuldlos unmöglich macht, sondern sie mittelbar an dem Vermieter vollzieht, wenn er dem Mieter die Sache zurückstellt. Es ist logisch konsequent und billig, dass bei Umkehrung der Sachbewegung, die die Pflicht des Dritten hervorgerufen hat, diese Pflicht wieder aufhört.“ — Eine eventuelle Haftung des Untermieters wegen unerlaubter Handlungen bleibt natürlich unberührt.

Weiter müsste, wenn der Anspruch petitorisch wäre, der Vermieter die Rückgabe der Sache bei unbefugter Weiterüberlassung durch den Mieter jederzeit von dem besitzenden Untermieter an den Mieter bezw., wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen können, auch während zwischen ihm und dem Mieter noch bestehenden Mietsverhältnisses, das Gesetz fordert aber ausdrücklich Beendigung des Hauptmietverhältnisses, die allerdings leicht durch das vorhin erwähnte, in § 553 gewährte Kündigungsrecht herbeizuführen ist. Ueberdies steht dem Vermieter das eben erwähnte Recht, gemäss § 986 BGB. Herausgabe der Sache an den Mieter bezw. sich selbst zu verlangen, nur dann zu, wenn er Eigentümer der Sache ist, was durchaus nicht immer der Fall zu sein braucht, wie wir vorhin ausführlich erörtert haben. — Endlich ist bereits genügend der weitere Unterschied betont worden, dass nach § 986 Abs. 1 Satz 2 das primäre die Auslieferung der Sache an den mittelbaren Besitzer, den Mieter ist, und erst subsidiär Uebergabe an den Kläger folgt, während § 556 Abs. 3 Herausgabe unmittelbar an den Vermieter bezweckt.

Auch die vom Vermieter bei Aufstellung seiner Klage zu beweisenden Tatsachen sind andere als die des früheren Besitzers. Von einer Glaubhaftmachung seines früheren Besitzes ist bei ihm keine Rede, sondern er muss Beweis erbringen für den Abschluss des Mietvertrags zwischen ihm und dem Mieter, für die Beendigung dieses Vertrages und für die Tatsache, dass der Mieter

dem Untermieter den Gebrauch der Sache überlassen hat[1]).

Endlich stehen Hellwigs Auffassung noch prozessuale Bedenken entgegen. In Konsequenz seiner Ansicht müsste der Untermieter, der vom Vermieter auf Herausgabe der Sache verklagt ist, zur nominatio auctoris berechtigt sein (§ 76 ZPO.), d. h. er könnte den Prozess von sich auf den Mieter, seinen Auktor, abwälzen und so dem Vermieter, vielleicht gegen dessen Willen, einen neuen Gegner mit neuen Verteidigungsmitteln schaffen. „Dass der mit § 556 Abs. 3 korrespondierende § 986 Abs. 1 Satz 1 in dieser Weise zu interpretieren ist, folgt daraus, dass der Untermieter zur landatio auctoris berechtigt ist und dass der den Prozess übernehmende Mieter sich zweifellos auf das von ihm erstrittene Urteil berufen kann“[2]). Eine Verlängerung des Rechtsstreits wäre die unausbleibliche Folge, die um so weniger dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann, als der Vermieter gewöhnlich ein grosses Interesse an schneller Durchführuug seines Rechts haben wird. Gehören doch aus diesem Grunde Mietstreitigkeiten zur Zuständigkeit der Amtsgerichte, „ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes“ (GVG. § 23 Ziff. 2), sowie zu den Feriensachen (§ 202 Ziff. 4 GVG.). Die Anwendung des § 76 ZPO. auf § 556 Abs. 3 BGB. ist denn auch allgemein abgelehnt worden, und der Untermieter muss in eigener Person dem Vermieter Rede und Antwort stehen[3]).

Die zahlreichen Gegengründe, die gegen Hellwigs Ansicht angeführt worden sind, geben zugleich Anlass, die Konstruktion des Anspruchs aus § 556 Abs. 3 als eines sachenrechtlichen überhaupt abzulehnen. Dafür spricht schon im allgemeinen die Stellung der Bestimmung im Obligationen- statt im Sachenrecht. Es bleibt somit

---

[1]) Planck, Anm. b zu § 556 Abs. 3. Mittelstein, S. 452. Rappaport, S. 219.

[2]) Hellwig, Rechtskr. S. 29 An. 88.

[3]) Romeick, S. 33. Schollmeyer S, 67. RGE. 32, 31.

nur die Annahme einer vertragsmässigen Natur des Anspruchs.

Von den Juristen, die den Anspruch in diesem Sinne konstruieren, seien zuerst Dernburg und Brückner erwähnt, weil sie in gewissem Sinne eine vermittelnde Stellung gegenüber den auf dinglicher Grundlage beruhenden Ansichten einnehmen; sie betrachten nämlich dte Klage aus § 556 Abs. 3 als eine actio in rem scripta, als obligatorische Klage mit dinglicher Wirkung (vgl. Dernburg, Schuldverhältnisse, S. 200, 201 und Brückner, S. 101 Anm. 2). Dieser Ansicht pflichtet im Prinzip auch Eck-Leonhard S. 486 bei, wenn er sich auch vorsichtiger ausdrückt und die Klage nur als „eine Art actio in rem scripta" bezeichnet. Weiterhin steht auf demselben Standpunkt Kohler[1]), der den streitigen Anspruch als „überspringendes Schuldverhältnis" bezeichnet, damit aber nach seiner eigenen Aussage nur einen neuen Namen für den Ausdruck actio in rem scripta, aus dem seiner Meinung nach der Charakter der Klage nicht genügend erhellt, prägen will. Vergl. a. a. O. S. 13: „ . . . . . Man sprach hier von actiones in rem scriptae, ich spreche von überspringenden Schuldverhältnissen." Den Grund dafür, dass der Anspruch des Vermieters auch gegen den Untermieter geht, sieht er darin, dass derjenige, der als unmittelbarer Besitzer (wie der Untermieter) gegenüber dem mittelbaren Besitzer (dem Mieter, seinem Vermieter) besitzt, zugleich auch die Besitzverhältnisse dieses ersten Mieters übernehmen muss, somit auch die aus diesen Besitzverhältnissen sich ergebende Pflicht der Rückerstattung[2]).

Diese Annahme eines „überspringenden Schuldverhältnisses" bezw. einer actio in rem scripta (die übrigens früher auch Planck vertrat), ist zu verwerfen. Einmal müsste, wäre die Ansicht richtig, der Anspruch gegen

---

[1]) Kohler, Lehrbuch II 1 S. 13/14.

[2]) Kohler, Lehrbuch II S. 14.

jeden dritten Besitzer der Mietsache gehen, er ist aber nur demjenigen Dritten, dem der Mieter den Gebrauch der Sache überlassen hat, gegenüber zulässig. Ferner haftet der Untermieter nur neben dem Mieter, bei vorliegender actio in rem scripta würde er an Stelle desselben verpflichtet sein[1]). Endlich wird sowohl durch die Bezeichnung des Anspruchs als „überspringendes Schuldverhältnis" als auch durch die als actio in rem scripta nichts beigetragen zu der Lösung der wichtigen Frage, welche Einwendungen und in welchem Umfange diese dem Untermieter gegen den Anspruch zu gewähren sind. Durch den blossen Namen „ist nur eine Description gegeben"; die tiefere Wissenschaft aber beginnt erst mit der Einordnung in das System nach Massgabe der gegebenen Charakteristik, mit dem Nachweise, welche Stellung die Einzelerscheinung in der Gesamtheit einnimmt[2]).

Aus demselben Grunde befriedigt die Auffassung des Anspruchs als einer actio utilis nicht, wie sie von Stammler ausgesprochen worden ist[3]). Sie deutet nur darauf hin, dass der Anspruch aus dem Hauptmietvertrage erwachsen ist, aber die Frage nach der Entstehung des Anspruchs und der Stellung des Untermieters als Anspruchsgegners bleibt ebenfalls ungelöst, und „das Erklärende erscheint selbst klärungsbedürftig"[4]).

Romeick[5]) nimmt eine „eigene, ursprüngliche Verpflichtung" des Untermieters an, um den Rückforderungsanspruch des Vermieters zur Durchführung zu bringen, und bedient sich zur Erklärung seiner Ansicht der Aehnlichkeit des Anspruchs mit der actio quod metus causa gegen den, qui ex hac re lucrum sensit. In beiden Fällen, sagt er, liege vor eine obligatorische Beziehung

---

[1]) Oertmann, Anm. 3a β zu § 556.
[2]) Kohler, Pfandrechtl. Forsch. S. 3.
[3]) Stammler, Festgabe S. 135.
[4]) Oertmann, Anm. 3a β zu § 556.
[5]) Romeick, S. 27 ff.

zwischen Gläubiger und Schuldner: bei der actio quod metus causa ein Restitutionsanspruch des Gezwungenen gegen den Zwingenden, begründet durch den Zwang, bei unserem Anspruch die Rückforderung des Vermieters gegen den Mieter, begründet durch den beendigten Hauptmietvertrag. Neben diese obligatorische Beziehung zwischen Vermieter und Mieter lagere sich nun die Weiterüberlassung der Sache durch den Mieter an den Untermieter als „völlig neutrale Tatsache", und aus dieser „Lagerung der Sache" entstehe der in § 556 Abs. 3 gegebene Anspruch als ein unmittelbarer und direkter, „um einen bestimmten Rechtszweck (die Rückgabe der Sache) absolut zu erreichen". Romeick betont ausdrücklich, dass das Verhältnis zwischen Vermieter und Untermieter keine Uebertragung des Hauptmietverhältnisses auf den Untermieter sei, sondern nur „ein Tatbestandsmerkmal für' das nunmehr . . . . geknüpfte Rechtsband. Der Untermieter wird nicht als Besitzer einer Sache verklagt, sondern als kraft dieses besonderen Gesetzschemas persönlich und an sich mit seinem ganzen Vermögen haftender Schuldner." Das so definierte Rechtsverhältnis nennt er „abgeleitete Schuld", ebenso wie die actio quod metus causa in diesem Sinne eine abgeleitete Schuld sei. Diese actio werde nun zwar gewöhnlich als eine actio in rem scripta bezeichnet, und deshalb will er diese Benennung auch für seine abgeleitete Schuld gelten lassen, aber nicht in dem erweiterten gemeinrechtlichen Sinne — actio aus einem Verhältnis zur Sache — sondern eben als eine Schuld, die ihren Entstehungsgrund in einem anderen obligatorischen Vertrag hat, „als eine obligatio, die vom Gesetz aus der Tatsache einer anderweitigen primären Obligation und aus der Tatsache einer gewissen rechtlich an sich indifferenten Berührung des Dritten mit dem Rechtszweck jener primären Obligation abgeleitet wird" [1]).

---

[1]) Romeick, S. 29.

Romeick lässt das obligatorische Rechtsband zwischen Vermieter und Untermieter bereits in dem Zeitpunkt entstehen, in dem der Mieter dem Dritten den Gebrauch der Sache überlässt. Hierin liegt der Hauptfehler seiner sonst sehr ansprechenden Erklärung. Wie in unserer Einleitung dargelegt worden ist, ist dem Vermieter der Anspruch lediglich aus praktischen Gründen gegeben, um ihm nach Beendigung seines Vertrags mit dem Hauptmieter schnell und wirksam wieder zu seiner Sache zu verhelfen, und demgemäss besagt die Vorschrift nur, dass „der Vermieter die Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Dritten zurückfordern" könne. Das Gesetz gibt aber keine Handhabe dafür, diese Rückgabepflicht des Untermieters schon vom Beginne des Untermietsvertrages an, also vielleicht lange vor Beendigung des Hauptmietverhältnisses, anzunehmen [1]). Die Folgerung daraus, die Romeick denn auch wirklich zieht [2]), wäre eine Haftung des Untermieters für Beschädigungen und Verschlechterungen, sowie für die Unmöglichkeit der Rückgabe von diesem Zeitpunkt ab. „Wohl aber haftet der Dritte, wenn er selbst nach der Gebrauchsüberlassung eine Veränderung, Verschlechterung oder Unmöglichkeit der Rückgabe verschuldet, und es kann insbesondere nicht eingewendet werden, dass der Dritte vor Beendigung des (Haupt-) Mietverhältnisses in keiner Rechtsbeziehung zum Vermieter steht: von der Gebrauchsüberlassung an vielmehr hat der Dritte Sorge zu tragen, um seiner dereinstigen . . . . . fälligen Rückgabepflicht genügen zu können." Die Annahme einer derart ausgedehnten Haftung ist jedoch nicht gerechtfertigt, ja wir müssen sogar das Gegenteil annehmen, wenn wir von dem § 549 Abs. 2 ausgehen, der den Mieter für ein dem Untermieter bei dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden haftbar macht. Das Gesetz hätte, um Zweifel auszu-

---

[1]) Nissen, S. 202.
[2]) Romeick, S. 30, 31.

schliessen, eine Haftpflicht auch des Untermieters sicher auf irgend eine Art zum Ausdruck gebracht, wenn dies in seiner Absicht gelegen hätte, und hätte „bei dem Ausnahmecharakter des Instituts allen Anlass dazu gehabt“[1]). So aber ist eine Haftung des Dritten vor Beendigung des Hauptvertrages als ausgeschlossen zu betrachten, mithin kann man die Entstehung des Rückgabeanspruchs auch erst in diesen Zeitpunkt fallen lassen[2]).

Ferner ist an Romeicks Auffassung auszusetzen, dass er in dem „Bestreben, jedes Moment der Rechtsnachfolge aus seiner Konstruktion auszuschliessen, zu weit“ geht[3]), dass die Tatsache, nach deren Hinzutreten zu dem alten Vertrage der Anspruch entsteht, dem Vermieter gegenüber „völlig neutral“ sein solle. Denn das Untermietsverhältnis ist doch ohne den Hauptvertrag gar nicht denkbar, die Gebrauchsüberlassung an den Untermieter durch den Mieter wird doch erst durch diejenige des Vermieters an den Mieter vermittelt, oder, wie Rappaport sich ausdrückt: „Das Recht des Dritten entsteht auf dem Durchgange durch die Person des Mieters“[4]). Der Untermietvertrag ist daher in Hinsicht auf den ersten Vertrag mehr als eine neutrale Tatsache. Es ist hier eben anders wie bei der actio quod metus causa, wo der Anspruch gegen den Dritten ohne Rücksicht auf das Mittel, auf das „Wie“ des lucrum sensisse, gegeben ist. Der Vergleich des Rechtes aus § 556 Abs. 3 mit der erwähnten actio ist daher, wenn nicht unrichtig, so zum mindesten überflüssig[5]).

Der Wert von Romeicks Definition beruht auf der Betonung, die er dem Anspruch als einem auf dem obligatorischen Vermieteranspruch beruhenden gibt. Diese

---

[1]) Nissen, S. 202.
[2]) Ebenso Planck, Anm. 3b β zu § 556.
[3]) Rappaport, S. 219.
[4]) Rappaport, S. 221.
[5]) Reiche, S. 108.

Hervorhebung finden wir in noch deutlicherem Masse bei Oertmann, dessen Ansicht überhaupt der Romeicks sehr nahe kommt, obwohl er von diesem scharf angegriffen wird. Er erblickt in der fraglichen Vorschrift eine gesetzliche Schuldübernahme des Untermieters. Dieser trete, führt er aus, durch Abschluss des Untermietvertrages in die Verpflichtung des Mieters (seines Vermieters) zur Rückgabe der Mietsache ohne weiteres ein, „nicht an Stelle des, aber neben dem ursprünglich Verpflichteten“[1]). — Oertmann beruft sich hierbei auf § 419 BGB., auf das Beispiel des Uebernehmers eines Vermögens, das einen Fall gesetzlicher kumulativer Schuldübernahme bietet. Entsprechend der dort gegebenen Bestimmung, dass die Gläubiger dem Uebernehmer gegenüber ihre Ansprüche von dem Abschlusse des Uebernahmevertrags an geltend machen können, betrachtet er die Beendigung des Hauptmietvertrages in unserem Falle als nur für die Fälligkeit des Anspruchs bedeutungsvoll, entstehen lässt er diesen Anspruch aber, wie erwähnt, schon mit Abschluss des Untermietvertrages. Also ein ähnlicher Standpunkt wie bei Romeick, mit dem er, wie erwähnt, ferner im Resultat darin übereinstimmt, dass beide den „Stoff und Umfang“ (Romeick) der Schuld des ersten Mieters entnehmen, mit dem Unterschied, dass Romeicks abgeleitete Schuld von vornherein in der Person des Untermieters entstanden, bei Oertmann die Verpflichtung des Dritten aus der alten Schuld des Hauptmieters erwachsen ist[2]).

Diesem von Oertmann vertretenen Gedanken steht schon entgegen, dass der Untermieter nur in gewisse Mietpflichten einrückt, bei einer Schuldübernahme analog der des § 419 aber doch die Haftung des Untermieters gegenüber dem Vermieter dieselbe sein müsste wie die des Mieters, also auch Verschlechterungen und Unmög-

---

[1]) Oertmann, Anm. 3a β zu § 556.
[2]) Oertmann, Anm. 3a γ zu § 556.

lichkeit der Rückgabe umfassen würde. In Verfolg von Oertmanns Ansicht kommen wir demnach zu demselben Schluss, den wir schon bei Romeick zurückgewiesen haben, weil er über das schon mehrfach erwähnte praktische Bedürfnis allein eines Rückforderungsrechtes, aus dem heraus der Anspruch entstanden ist, hinausgeht. Beide mussten zu diesem Schluss kommen, weil sie beide die Entstehung des Rechtsbandes zwischen Vermieter und Untermieter in einen Zeitpunkt vor der Beendigung des Hauptvertrages setzten — Romeick in den der Gebrauchsüberlassung, Oertmann in den des Abschlusses des Untermietvertrages. Oertmann sucht sich des eben gemachten Vorwurfes zwar zu erwehren, indem er sagt, diese Erstreckung der Haftung wolle er selbst garnicht, sondern er habe nur eine Uebernahme speziell der Rückerstattungspflicht behauptet. Aber die Rückgabepflicht des Mieters ist „ein nicht mit klarem und sicherem Schnitt von den anderweiten Verpflichtungen und Berechtigungen des Mieters trennbarer Teil der Mietobligation“ [1]), sodass bei Beschränkung dieser Pflicht auf die Sache selbst die Konstruktion einer kumulativen Schuldübernahme zum mindesten als überflüssig uud gezwungen erscheinen muss, und, wie Kohler sagt: „Wo man der Rechtsnachfolge nicht bedarf, soll man sie entbehren; denn sie ist ein häufig Unklarheit schaffendes und stets die Mängel des einen auf den anderen übertragendes Element des Rechts; man soll sie beschränken auf den Fall, wo sie absolut nötig ist“ [2]). Dass diese Ansicht Kohlers auch der des Gesetzes entspricht, geht daraus hervor, dass es die wenigen Fälle, in denen es eine kumulative Schuldübernahme eintreten lässt, durch besondere Bestimmungen geregelt hat, wie beim Erbschaftskauf (§ 2371 ff BGB.) und dem erwähnten § 419. Bei der Untermiete suchen wir jedoch eine analoge Vorschrift vergebens, und sie

---

[1]) Romeick, S. 26.
[2]) Kohler, 12 Stud. S. 335.

lässt sich auch nicht stillschweigend aus dem Zusammenhang der übrigen Paragraphen über dieses Institut folgern. Es fehlt jeder Anhalt für die Annahme eines Schuldübernahmewillens des Dritten „namentlich dann, wenn der Dritte bei der Gebrauchsüberlassung nicht wusste, dass die Sache eine Mietsache sei oder wenn er sich auch nur in Unkenntnis der Bedingungen des primären Mietsvertrages befand“[1]).

Gegen die allerdings unfreiwillige Konsequenz der Oertmann'schen Ansicht, die wie bei Romeick zu einer Erstreckung der Haftung des Mieters auf den Untermieter führt, gilt das dort Gesagte. Wie erwähnt, hat Oertmann diese Konsequenz zwar selbst abgelehnt, man kommt aber nicht um sie herum.

So ist also auch Oertmanns Definition, von der Rappaport[2]) mit Recht sagt, sie sei „vom Standpunkte der Parteiintention eine blosse Fiktion, vom Standpunkte der Gesetzesintention nicht gerechtfertigt,“ abgelehnt. Mit ihr auch die Erklärungsversuche des Anspruchs, die auf der Oertmann'schen Auffassung basieren, wie bei Rosin und Schubart der Fall ist[3]). Schubart unterscheidet sich von Oertmann noch dadurch, dass er die gesetzliche Schuldübernahme an die Gebrauchsüberlassung der Sache an den Untermieter knüpft, nicht schon an den vielleicht lange Zeit vorher erfolgten Abschluss des Untermietsvertrages.

Weitere Versuche, die rechtssystematische Stellung des fraglichen Anspruchs zu bestimmen, finden wir bei Mittelstein[4]) („. . . bildet der Erstmietvertrag die rechtliche Grundlage für diesen Anspruch“), Borcherdt[5]) („Hierin muss man eine gesetzliche Ausdehnung der Vertragsklage auf Rückgabe der Mietssache auf den Unter-

---

[1]) Nissen, S. 202, vergl. auch Romeick, S. 25.

[2]) Rappaport, S. 220, vergl. auch Planck, Anm. 3c zu § 556.

[3]) vergl. Rosin, S. 79 u. Schubart S. 46.

[4]) Mittelstein, S. 453.

[5]) Borcherdt, S. 97

mieter erblicken"), Endemann[1]) („Verfolgung des Forderungsrechtes unmittelbar gegen Dritte: Vermieter gegen Untermieter"; und „ein gegen Dritte wirkendes Forderungsrecht") und Neumann[2]) („Ausnahmsweise ist vom Gesetze persönlichen Schuldverhältnissen Wirkung gegen den Singularsukzessor beigelegt: so bei der Miete im § 556 III.") Sie alle schliessen sich mehr oder weniger der in der Einleitung mitgeteilten Ansicht der Denkschrift an, dass es sich nämlich um einen seiner Natur nach gleichen Anspruch handele, wie um den des Mieters — dass er „aus dem Vertrage" sei, wie die Denkschrift sagt. Die Frage nach der Entstehung des Anspruchs aber und den Einreden dagegen wird mit dieser Erklärung so hier wie dort nicht aufgeklärt.

Wie vor allem Oertmann ausführt, liegt des weiteren nicht eine gesetzliche Zession des dem Mieter gegen den Untermieter zustehenden Anspruchs auf den Vermieter vor, „denn dann würde er nicht schon nach Beendigung des ersten, sondern erst nach Beendigung des zweiten Mietsverhältnisses durchführbar sein"[3]), weil der Dritte dem Verlangen des Vermieters die Einrede des noch nicht beendigten (Unter-) Mietverhältnisses entgegenhalten würde. Dies wäre ein offenbarer Widerspruch zu dem in § 556 Abs. 3 gegebenen Recht. Ferner würde bei gesetzlicher Zession nur der Vermieter, nicht mehr der Mieter, das Recht haben, von dem Dritten die Mietsache zurückverlangen zu können, denn „mit dem Abschlusse des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers" (§ 398 Satz 2 BGB.), und auch diese Konsequenz stände mit dem Gesetz nicht in Einklang.

Neben den bisher genannten zahlreichen Ansichten, von denen wir keine zu der unseren machen konnten,

---

[1]) Endemann, S. 573 Anm. 13 und S. 1057 Anm. 21.
[2]) Neumann, S. 129.
[3]) Oertmann, Anm. 3a γ ββ zu § 556.

scheint uns die hauptsächlich von Planck vertretene Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses, das zwischen Mieter und Untermieter dem Vermieter gegenüber besteht, als die beste und natürlichste Lösung der so heiss umstrittenen Frage. Vgl. Planck[1]): „Neben dem Mieter schuldet also kraft positiver . . . . . Vorschrift der Dritte die Rückgabe, d. h. eine unteilbare Leistung, beide haften somit nach § 431 als Gesamtschuldner."

Diese Auffassung geht wieder davon aus, dass die Grundlage des Vermieteranspruchs gemäss § 556 Abs. 3 der obligatorische Hauptvertrag ist: ohne Hauptmietvertrag kein Untermietvertrag, ohne Anspruch gegen den Hauptmieter auch keiner gegen den Untermieter.

Das Merkmal eines Gesamtschuldverhältnisses liegt darin, dass die mehreren Schuldner dem Gläubiger auf eine unteilbare Leistung haften. Der Annahme der gegenüber dem Vermieter bestehenden, aus § 556 folgenden Verpflichtungen, nämlich der Rückgabepflicht des Mieters und der des Untermieters, als einer Gesamtschuld wird daher nichts im Wege stehen, wenn diese Verpflichtungen ebenfalls auf eine unteilbare Leistung gehen; z. B. in dem Falle, dass ein Vermieter einem Mieter ein Haus vermietet, und der Mieter dieses Haus weiter in Untermiete gibt. Dann schulden nach § 556 sowohl Mieter wie Untermieter die Rückgabe des Hauses, also eine unteilbare Leistung.

Hier treten uns demnach keine Schwierigkeiten entgegen. Zweifel werden aber aufsteigen, wenn die Rückgabepflicht des Hauptmieters nach § 556 Abs. 1 eine andere Gestalt, einen anderen Umfang annimmt, wie die Pflicht des Untermieters nach Abs. 3. Werden wir auch dann noch unsere Behauptung eines Gesamtschuldverhältnisses aufrecht erhalten können? z. B. (ein Beispiel von Hruza[2])): ein Vermieter vermietet an einen Mieter, z. B. eine Musikhandlung, 5 Klaviere, und die Musik-

[1]) Planck, Anm. c zu § 556 Abs. 3.
[2]) Hruza, S. 56.

handlung ihrerseits gibt von diesen 5 Klavieren zwei an einen Untermieter weiter. Dann ist die Musikschule als Mieter zur Herausgabe sämtlicher 5 Klaviere nach § 556 Abs. 1 verpflichtet, auch der zwei an den Untermieter weiter vermieteten. Ausserdem ist aber nach Abs. 3 der Vermieter auch zur Rückforderung dieser letzten zwei Klaviere von dem Untermieter berechtigt. Dies entspricht dem Willen der Vorschrift, dem „praktischen Bedürfnis", aus dem sie hervorgegangen. Die Leistung, die der Vermieter nach § 556 verlangen kann, ist also hier nicht eine unteilbare, wie vorhin, sondern eine geteilte; sie spattet sich in zwei Leistungen von verschiedenem Umfange. Trotz dessen lässt sich auch für diesen Fall die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses rechtfertigen. Vgl. Hruza[1]): „Liegt hier eine Gesamtschuld oder eine geteilte Schuld vor? Jedenfalls das letztere; aber niemand wird zweifeln, dass der Kontrahent und der Dritte, dieser nach Massgabe seines Besitzes, für die Sache ganz haften, also Solidarschuldner werden. Um dies zu beweisen, nehmen wir einen Gedanken Stammlers zu Hilfe. Stammler hebt ebenfalls vorerst die nahe Beziehung hervor, in der Haupt- und Untermietvertrag uud analog Haupt- und Untermieter betreffs ihrer Rückgabepflicht zu einander stehen; „also zwei Verpflichtete auf den gleichen Erfolg[2])." In seinen weiteren Austührungen macht Stammler dann einen feinen Unterschied. Die beiden Verpflichtungen, sagt er, sind dadurch unterschieden, „dass die eine Verbindlichkeit (nämlich die des Untermieters) als eine der anderen angehängte Nebenpflicht erscheint. Sie bedeutet eine Erstreckung der Hauptpflicht." Für diese Ansicht Stammlers spricht einmal der Wortlaut des Gesetzes selbst: dem Anspruch gegen den Mieter in Abs. 1 des § 556 ist elne viel schroffere Form gegeben worden,

[1]) Hruza, S. 56.
[2]) Stammler, S. 130.

wie dem gegen den Untermieter in Abs. 3 („Mieter ist verpflichtet zurückzugeben“ und „Vermieter kann zurückfordern“); zweifellos liegt schon hierin eine gewisse Nüanzierung [1]). Vor allem aber geht die Berechtigung einer Abschattierung in Haupt- und Nebenpflicht aus der vorhin erwähnten Tatsache hervor, dass diese Pflicht ohne jene garnicht zur Entstehung gelangen kann, wohl aber umgekehrt.

Diese Unterscheidung der beiden Verpflichtungen in Haupt- und Nebenpflicht ist, wie gesagt, von grösster Bedeutung für die Charakterisierung der Untermieterpflicht auf Rückgabe als einer gesamtschuldnerischen auch für den Fall, dass sich die vom Mieter und Untermieter dem Vermieter geschuldete Leistung nicht als eine streng durchgeführte unteilbare darstellt.

Wir sagen: Die unteilbare Leistung, für die Mieter und Untermieter als Gesamtschuldner haften, ist der abstrakte Begriff der Rückgabe — ohne dass aber hiermit etwa der vorhin zurückgewiesene Oertmannsche Gedanke einer Uebernahme der Schuld des Mieters durch den Untermieter aufgenommen werden soll; dies wäre schon deswegen nicht angängig, weil bei Schuldübernahme der Untermieter allein haften und der Mieter frei werden müsste, was in Wirklichkeit jedoch nicht der Fall ist. Also: Mieter und Untermieter haften für eine unteilbare Leistung, für eine Rückgabe, diese Rückgabe kann aber auch in einer teilbaren Leistung bestehen, d. h. auf die beiden Schuldner verschieden verteilt sein. Dies wird deutlich, wenn wir die Unterscheidung mit Haupt- und Nebenverpflichtung zur Anwendung bringen: beide, der Mieter wie der Untermieter, haben die Pflicht der Rückgabe; diese gemeinsame Pflicht aber als Oberbegriff teilt sich in zwei Unterbegriffe, in eine Haupt- und eine Nebenpflicht, und zwar ist die Pflicht des

---

[1]) Vgl. Planck, Anm. bδ zu § 556 Abs. 3. Mittelstein, S. 553.

Mieters die umfassendere, die Hauptpflicht. Mieter und Untermieter sind zu einer Herausgabe verpflichtet, sie sind insofern Gesamtschuldner; nur mit dem Unterschiede, dass die Herausgabepflicht des einen enger begrenzt ist bezw. sein kann, wie die des anderen, dass sie, um mit Hruza zu reden, sich „nach Massgabe seines Besitzes“ richtet.

Hiermit glauben wir den Charakter des Anspruchs als Gesamtschuldverhältnis glaubhaft gemacht zu haben. Diese Ansicht gibt zugleich die ansprechendste Erklärung für den Fall, dass die Gebrauchsüberlassung der Mietsache nicht durch den Mieter an einen Dritten, sondern von diesem Dritten an einen Vierten, vom Vierten auf einen Fünften u.s.w. erfolgt, für welchen Fall doch das „praktische Bedürfnis“ des Vermieters ebenfalls den unmittelbaren Anspruch gegen den Vierten, Fünften u.s.w. verlangt [1]). Der Kreis der aus Abs. 3 Verpflichteten erfährt durch jede weitere Vermietung eine jedesmalige Erweiterung, und es ist das Nächstliegende, diese unter einander so eng verbundenen Personen als Gesamtschuldner auf die Rückgabe haften zu lassen, jeden auf den Teil, der ihm überlassen worden ist.

Nachdem wir jetzt eine Definition des Anspruchs gefunden haben, kehren wir zu der oben angeführten Ansicht zurück, die die Klage gegen den Untermieter als actio utilis bezeichnet. Diese Bezeichnung genügte uns nicht, weil der blosse Name nicht befriedigte und die Frage nach der Entstehung des Anspruchs nicht löste. Nachdem wir diese Lösung gefunden haben, können wir nunmehr in diesem Sinne auch die Benennung actio utilis als brauchbar akzeptieren. Sie drückt aus, dass die Klage gegen den Untermieter als actio utilis ihren Entstehungsgrund in der actio directa gegen den Mieter hat. Vgl. Hruza [2]): „Durch die hervorgehobenen Bestimmungen soll

---

[1]) Vgl. Nissen, S. 203. Fuld, S. 110. Planck, Anm. b zu § 556 Abs. 3.

[2]) Hruza S. 55.

das Recht an den Mietvertrag selbst angelehnt werden, sodass es in allen Fällen aus dem Kontrakte zusteht. So muss man die Sache wohl verstehen: es wird also nach der Terminologie der Pandekten gegen den Dritten eine utilis actio gegeben." Ebenso nannte Fischer-Henle in seiner ersten Auflage die Klage eine actio utilis, in der neuesten bezeichnet er, wie Planck, Mieter und Untermieter als Gesamtschuldner. Dies ist nach dem eben Gesagten kein Widerspruch. Die Klage gegen den Untermieter als Gesamtschuldner ist eine actio utilis, eine auf der actio directa des Vermieters gegen den Mieter beruhende: diese Bezeichnung gewinnt aber erst Leben und Farbe, nachdem das Gesamtschuldverhältnis zwischen Mieter und Untermieter aufgefunden worden ist. Vgl. auch Stammler[1]): „Die richtige Antwort geht dahin, dass die dem Hauptvermieter gegen den Untermieter zustehende actio utilis eben nur auf das geht, was dem Beklagten von seinem Autor überlassen worden ist, dass aber insofern allerdings eine Gesamtschuld vorliegt."

Als weitere Vertreter unserer Auffassung des Anspruchs als eines gesamtschuldnerischen sind zn nennen: Niendorff[2]). („beide haften ihm als Gesamtschuldner, und von seinem Ermessen hängt ab, ob er sie beide oder nur einen von ihnen belangen will"), Crome[3]). („durch die Uebernahme einer vermieteten Sache zum Gebrauch tritt der Uebernehmer der Sache kumulativ neben dem Mieter in die Mietverpflichtung ein, soweit sie sich auf die Rückgabe der Sache bezieht. Beide haften in dieser Hinsicht als Gesamtschuldner"), Mendelssohn-Bartholdy[4]) („. . . mit dem Mieter haftet der Aftermieter gesamtschuldnerisch dem Vermieter"), Enneccerus[5])

---

[1]) Stammler, S. 135.
[2]) Niendorff, S. 235.
[3]) Crome, S. 552 Anm. 47.
[4]) Mendelssohn-Bertholdy, S. 443.
[5]) Enneccerus, S. 900 Anm. 12.

(„Mieter und Untermieter haften für die Rückgabe als Gesamtschuldner"), Kuttner[1]) („Mieter und Untermieter schulden gesamtschuldnerisch die Rückgabe der Sache", und „der Vermieter hat gegen Mieter und Untermieter ein und dasselbe Forderungsrecht, das nur in zwei Spitzen ausläuft"), endlich noch Schollmeyer[2]) („Es handelt sich um eine gesetzliche Gesamtschuld, deren Voraussetzung der Umstand bildet, dass der Dritte sein Recht zum Besitz vom conductor ableitet, und deren Inhalt einzig und allein die durch die Rückgabeverbindlichkeit des conductor näher bestimmte Rückgabepflicht ist").

Die zweite Frage, mit der sich unsere Abhandlung beschäftigen soll, ist die nach den Einwendungen, die dem Untermieter gegenüber dem Herausgabeanspruch des Vermieters zustehen.

Die Beantwortung dieser Frage ist insofern von grösster Bedeutung, als der Untermieter ja, wie genugsam betont worden ist, in keinem Vertragsverhältnis zu dem Vermieter steht, vielmehr die rechtlichen Beziehungen, die sich zwischen ihnen finden, aus einer singulären gesetzlichen Bestimmung resultieren. Einwendungen aus einem Vertrage, wie der Mieter, kann der Untermieter also dem Rückgabeanspruch nicht entgegensetzen. Natürlich darf er solche auch nicht aus seinem Untermietvertrage mit dem Mieter herleiten, denn diesem Verhältnis steht der Vermieter völlig unbeteiligt gegenüber. Er darf sich also zum Beispiel keinenfalls darauf berufen, dass sein Vermieter, der Mieter, ihm noch zur weiteren Belassung der Sache verpflichtet sei[3]).

Bei unseren bisherigen Erörterungen, die sich mit der Frage nach der juristischen Konstruktion des Anspruches beschäftigten, fanden wir, dass die Grundlage

---

[1]) Kuttner, S. 108 u. S. 111.
[2]) Schollmeyer, S. 66.
[3]) Oertmann, Anm. 3b zu § 556.

dieses Anspruchs der Hauptmietvertrag, der Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter, war. Von diesem gingen wir aus. Nehmen wir daher in analoger Weise, wenn wir im zweiten Teil vorliegender Arbeit die dem Untermieter gegen den Anspruch eventuell zustehenden Einwendungen prüfen sollen, die Einwendungen des Mieters aus seinem Hauptvertrage zum Ausgangspunkt unserer Betrachtungen.

Die Verpflichtung des Mieters zur Rückgabe der gemieteten Sache bezw. der Rückgabeanspruch des Vermieters gemäss § 556 ist nicht unbedingt, sondern dem Mieter stehen gewisse Ansprüche gegen den Vermieter zu wegen Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, und eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, kann er wegnehmen (§ 547 BGB.). Bis zur Befriedigung dieser Forderung hat er nach § 273 BGB. ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache, es sei denn, dass es sich um ein Grundstück handle (§ 556 Abs. 2).

Es fragt sich nun, ob diese Einwendungen des Mieters gegen den Vermieter auch dem Untermieter zu gewähren sind, wenn der Vermieter den Anspruch aus § 556 Abs. 3 gegen ihn geltend macht, unter welchen Voraussetzungen dies evtl. der Fall ist und ob ferner die Einwendungen wegen Aufwendungen auf die Mietsache nur eigene, vom Untermieter selbst gemachte Verwendungen betreffen oder auch die vom Mieter herrührenden umfassen.

Unter unsere Untersuchung fällt nicht der Gegenanspruch des Untermieters, wenn der Vermieter dem Untermietvertrage beigetreten war und dieser den Hauptvertrag überdauert. Denn bei solcher Rechtslage liegt, wie in der Einleitung erwähnt, gar kein Untermietverhältnis mehr vor, sondern der Untermieter wird zum Mieter[1]).

Dasselbe ist zu sagen von dem Fall, dass die Gebrauchsüberlassung an den Untermieter in der Form erfolgte,

---

[1]) Brückner, S. 101. Fuld, S. 111. Borcherdt, S. 97. Staudinger, Anm. 4 zu § 549.

dass der Mieter ihm seine Rechte aus dem Hauptvertrage abtrat — soweit dies überhaupt möglich ist und sich nicht aus den §§ 399, 400 ein anderes ergibt. Vgl. über diese Frage noch Eck-Leonhard[1]), der ausführt, dass in der Weigerung des Vermieters, die Untermiete zu gestatten, zugleich das Verbot einer Zession eingeschlossen sei („denn in majori inest minus").

Nun endlich zu den Ansprüchen des Untermieters wegen Verwendungen, die auf die Mietsache gemacht worden sind. Wie in der Einleitung gesagt, soll in vorliegender Arbeit nur der aus dem Rechtsinstitut der Miete hervorgegangene Anspruch gemäss § 556 Abs. 3, der Anspruch des Vermieters als solchem, besprochen werden, und demgemäss werden sich auch die Einwendungen des Untermieters gegen den Vermieter als solchen richten. Der Vollständigkeit halber sei jedoch ein kurzes Wort über die Sachlage vorausgeschickt, wenn der Vermieter zugleich Eigentümer oder sonst dinglich Berechtigter der Mietsache ist oder wenn er sich bei seinem Anspruch auf sein mutmassliches Eigentum stützt (ähnlich wie im ersten Teile der Arbeit bei Besprechung der Hellwig'schen Ansicht in Bezug auf § 1006 BGB. ausgeführt wurde). Dann stellt sich der Anspruch auf Herausgabe als rei vindicatio gemäss § 985 dar, und dem Untermieter ist dagegen seinerseits ein Anspruch gegeben auf Grund besonderer Rechtssätze, nämlich der Vorschriften über das Verhältnis von Besitzer und Eigentümer (§ 994 ff); nur darf der Anspruch nicht über das im Hauptvertrage gesetzte Mass hinausgehen[2]).

Im übrigen müssen wir scharf unterscheiden zwischen eigenen Aufwendungen des Untermieters und solchen, die vom Mieter herrühren.

Was die erste Gruppe anbetrifft, so wird, allgemein gesagt, der Untermieter schon aus dem Grunde Ersatz

---

[1]) Eck-Leonhard S. 486 Anm. 2.

[2]) Nissen, S. 204.

für eigene Verwendungen verlangen können, weil dem Vermieter keine günstigere Stellung gewährt werden soll, wenn er sein Rückforderungsrecht statt gegen den Mieter gegen den Dritten geltend macht. Denn dies kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Es würde über das „praktische Bedürfnis“ des Anspruchs hinausgehen, das ja nur dem Vermieter seine Sache wieder verschaffen will, und zwar — wie stillschweigend aus dem Sinne des Gesetzes hervorgeht[1]) — unter denselben Bedingungen wie bei Rückforderung vom Mieter. Vgl. Stammler[2]) „Der Hauptvermieter kann gegen den Untermieter unmöglich ein stärkeres und freieres Recht haben, als gegen seinen ersten Mieter, wenn er von jenem die Sache kraft eigenen obligatorischen Rechts zurückfordert.“ Der Mieter würde ja sicher in gleicher Weise Ersatz verlangen für Verwendungen, die der Untermieter gemacht hat und die dieser ihm als Untervermieter gemäss § 547 (unter Anwendung dieses Paragraphen auf das Untermietverhältnis) in Anrechnung bringt, und wenn nun statt des Mieters der Untermieter diese Verwendungen ersetzt verlangt, so ist dies im Erfolg für die Verpflichtung des Vermieters dasselbe. In dem zuletzt ausgesprochenen Gedanken, der Mieter würde ja auch dem Vermieter die Aufwendungen in Anrechnung bringen, die der Untermieter von ihm, dem Mieter, ersetzt verlangt, liegt aber zugleich eine Beschränkung. Diesen Ersatzanspruch gegen den Vermieter hat der Mieter nämlich nur dann, wenn die vom Untermieter stammenden Verwendungen, jetzt unter Anwendung des Paragraphen auf das Hauptmietverhältnis, ebenfalls unter den § 547 fallen, d. h. wenn sie im Verhältnis von Vermieter und Mieter notwendig waren oder nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag zum Ersatz berechtigen[3]). In dieser Be-

---

[1]) Oertmann, Anm. 3c zu § 556.
[2]) Stammler, S. 136.
[3]) Romeick, S. 32.

schränkung liegt der Ton, denn sie gibt uns die Grenze, innerhalb derer sich die Ersatzansprüche des Untermieters bewegen müssen. Diese Grenze ist der Hauptvertrag, nach ihm ist die Berechtigung der untermieterischen Ersatzansprüche zu beurteilen. Entsprechend dem vorhin Gesagten, dass die Stellung des Vermieters keine günstigere werden darf, darf sie auch keine unvorteilhaftere werden, und es sind ihm keine grösseren Verpflichtungen aufzuerlegen als die, die für ihn dem Mieter gegenüber aus dem Hauptvertrage hervorgehen.

Der Hauptmietvertrag ist jedoch nicht die einzige Schranke, die dem Gegenanspruch des Untermieters gesetzt ist. Eine andere wurde vorhin schon angedeutet: sie liegt in dem Untermietsvertrage selbt; die Verwendungen des Untermieters müssen auch solche sein, die sich nach diesem Vertrage rechtfertigen lassen, d. h. der Mieter als Untervermieter muss gemäss § 547 dem Untermieter zum Ersatz verpflichtet sein.

Um also noch einmal zu rekapitulieren: zwei Voraussetzungen sind nötig, will der Untermieter der Rückforderung des Vermieters wirksam einen Ersatzanspruch wegen Verwendungen entgegensetzen: Diese Verwendungen müssen sich sowohl in Ansehung des Hauptmietvertrages, dem Vermieter gegenüber, als auch in Ansehung des Untermietvertrages, dem Mieter als Untervermieter gegenüber, als solche gemäss § 547 BGB. darstellen.

Hat der Mieter dem Vermieter gegenüber auf jeden Ersatz von Verwendungen Verzicht geleistet, so ist auch der Untermieter bezüglich der von ihm gemachten Aufwendungen daran gebunden, und es steht ihm kein Anspruch gegen den Vermieter zu. Denn wäre dies der Fall, so würde ja die Stellung des Vermieters bei seiner Rückforderung gegen den Untermieter schlechter sein, als bei dem gleichen Begehren gegen den Mieter, sie soll aber, wie oben betont worden ist, grundsätzlich dieselbe bleiben. Der Untermieter kann sich also bei solcher

Rechtslage wegen seiner Ersatzansprüche nur an seinen Vermieter, den Hauptmieter, halten[1]).

Bis zur Befriedigung der soeben besprochenen Ersatzansprüche steht dem Untermieter ein Zurückbehaltungsrecht an der Mietsache zu; dies folgt mangels einer Sonderbestimmung aus der allgemeinen Vorschrift in Abs. 2 des § 273, wonach derjenige, der zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, die geschuldete Leistung verweigern kann, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand zusteht. Der Abs. 1 des genannten Paragraphen findet hier nicht Anwendung, da zwischen Vermieter und Untermieter kein rechtliches Verhältnis besteht, aus dem ein „fälliger Anspruch" des Untermieters gegen den Vermieter entstehen könnte[2]). In Bezug auf Grundstücke und durch § 580 diesen gleichgestellte Wohn- und andere Räume — also gerade in den Fällen, in denen die Untermiete weitaus am meisten praktisch wird — steht jedoch dem Untermieter ebensowenig wie dem Mieter ein Zurückbehaltungsrecht zu (§ 556 Abs. 2); „diese Ausdehnung des Abs. 2 ist durch den Zweck des Abs. 2 und des Abs. 3 geboten"[3]).

Wie Planck richtig bemerkt, scheidet hier der in dem angeführten § 273 weiter erwähnte Fall aus, dass dem Herausgabepflichtigen ein fälliger Anspruch wegen eines ihm durch den Gegenstand verursachten Schadens zusteht, denn der Vermieter haftet dem Untermieter garnicht für einen solchen Schaden, und dieser hat kein Zurückbehaltungsrecht deswegen[4]).

Nach Nissen ist das Zurückbehaltungsrecht ferner dann ausgeschlossen, wenn der Dritte sich vom Mieter den Gebrauch der Sache einräumen lässt, obwohl er wusste, dass dieser hierzu nicht befugt war. Denn dann

---

[1]) Chary, S. 35.
[2]) Planck, Anm. bc zu § 556 Abs. 3.
[3]) Planck, Anm. bc zu § 556 Abs. 3. Nissen, S. 204.
[4]) Planck, Anm bc zu § 556 Abs. 3.

käme die Einschränkung des § 273 Abs. 2 in Frage, wonach dem Dritten das Zurückbehaltungsrecht verloren geht, wenn er den Mietgegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat. Eine solche unerlaubte Handlung, meint Nissen, liege hier vor, eine Handlung, die der § 553 als einen Gebrauch der Sache bezeichne, der die Rechte des Vermieters in erheblichem Masse verletzt. Dieser Auffassung ist indessen nicht zuzustimmen. Zwar tritt eine Verletzung der Rechte des Vermieters ein, wenn der Mieter den Gebrauch der Mietsache einem Dritten überlässt, ohne den Vermieter um Erlaubnis zu fragen (§ 549), aber diese Verletzung geht nicht vom Untermieter, sondern vom Mieter aus; dieser allein, nicht der Untermieter, hat die Pflicht, die Erlaubnis einzuholen, und nur er kann diese Pflicht verletzen. Vor allem liegt aber in der Verletzung der Verpflichtung, eben weil diese Verpflichtung rein obligatorischen Charakter hat, keine unerlaubte Handlung, und ein Anspruch aus § 823 BGB. ist nicht gegeben; vgl. Fischer[1]): „Die Haftung Dritter für Verletzung obligatorischer Rechtsverhältnisse ist abzulehnen."

Wie steht es nun mit den Verwendungen, die nicht der Untermieter, sondern der Mieter auf die Mietsache gemacht hat? Hat der Untermieter deswegen ebenfalls Ersatzansprüche, steht ihm in gleicher Weise wie wegen eigener Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht zu?

Die Schwierigkeit bei der Beantwortung der Frage liegt darin, dass der Untermieter, wenn er dem Rückgabeanspruch des Vermieters einen Ersatzanspruch für vom Mieter gemachte Aufwendungen entgegenhält, damit eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten geltend macht. Eine solche ist grundsätzlich unstatthaft (exceptio ex iure tertii non datur sagen schon die Quellen), nur in Ausnahmefällen kann sich der Schuldner zu seiner Verteidigung ihrer wirksam bedienen.

---

[1]) Fischer-Henle, Anm. 8 zu § 823.

Liegt ein solcher Ausnahmefall bei unserer Rechtslage vor? Wenn ja, so ist damit auch anerkannt, dass dem Untermieter die fraglichen Einreden zustehen.

Vorzugsweise hat sich Stammler mit der Frage nach der Zulässigkeit einer Einrede aus dem Rechte eines Dritten beschäftigt, er hat, wie Rappaport in seinem Vorwort bemerkt, dieses Problem überhaupt erst entdeckt. Prüfen wir daher die Theorie, die er hierüber entwickelt, nach, um zu sehen, ob wir mit ihrer Hilfe die Ersatzansprüche des Mieters wegen Verwendungen auf die Mietsache zu einem Verteidigungsmittel des Untermieters gegen den Vermieteranspruch stempeln können[1]).

Stammler geht aus von einigen der eben erwähnten Ausnahmefälle, in denen das BGB. dem Schuldner die Einrede aus dem Rechte eines Dritten gibt, und zwar von der Bürgschaft und der Vorschrift des § 986 BGB.[2]).

Bezüglich der Bürgschaft bestimmt der § 768 ausdrücklich, dass der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen könne. In ähnlicher Weise kann nach § 986 der (unmittelbare) Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern, wenn der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist.

Diese beiden Ausnahmefälle, in denen, abweichend von der Regel, der Schuldner sich fremder Verteidigungsmittel bedienen darf, sucht Stammler auf eine gemeinsame Basis zu bringen. Er findet für einen solchen „in den besprochenen Gesetzesstellen sich gemeinsam spiegelnden Gedanken“[3]) zwei Voraussetzungen: einmal, dass zwei Verpflichtete auf den gleichen Erfolg dem Berechtigten gegenüber stehen, und zweitens, dass in diesem Zusammenhang der beiden Verpflichtungen die eine Verbindlichkeit als angehängte Nebenpflicht der anderen erscheint, als

---

[1]) Stammler, S. 107.

[2]) Stammler, S. 120 ff. u. S. 126 ff.

[3]) Stammler, S. 130.

eine Erstreckung der Hauptpflicht — derselbe Gedanke, der uns früher begegnete. Diese beiden Voraussetzungen verkörpern also nach Stammler den Gedanken, der den Ausnahmefällen der §§ 768 und 986 gemeinsam ist und zugleich ein Merkmal bilden soll für eine Rechtslage überhaupt, in der ein Schuldner dem Gläubigeranspruch fremde Gegenforderungen entgegen halten kann. Eine solche Rechtslage, d. h. eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten, muss nach Stammler demnach auch in § 556 Abs. 3 dann vorliegen, wenn wir den gemeinsamen Gedanken bezw. die beiden Voraussetzungen dazu dort wiederfinden, und der Untermieter würde in diesem Falle also Ersatzansprüche wegen der vom Mieter gemachten Verwendungen haben.

Bevor wir jedoch zu dieser Untersuchung übergehen, wollen wir erst einmal die Richtigkeit der Stammler'schen Ausführungen nachprüfen.

In Bezug auf sein erstes Beispiel, die Einreden des Bürgen, können wir seiner Ansicht zustimmen. Beide Voraussetzungen treffen zu: der Gläubiger, für dessen Forderung vom Schuldner ein Bürge gestellt worden ist, hat zwei Ansprüche, gegen Schuldner und gegen Bürgen, die „auf denselben Erfolg für sein Vermögen hinzielen," nämlich auf Bezahlung der Schuld. Ebenso ist die Bürgschaftspflicht ihrem Bestande und Inhalte nach von der Hauptschuld abhängig, sie ist die Nebenpflicht gegenüber der Hauptpflicht des Schuldners.

Diese Voraussetzungen liegen aber u. M. nach nicht vor bei dem von Stammler angeführten zweiten Fall des § 986. Allerdings ist auch hier der Eigentümer in doppelter Weise berechtigt, denn sein Anspruch auf Herausgabe kann sich sowohl gegen den unmittelbaren, wie gegen den mittelbaren Besitzer richten, und beide Forderungsmöglichkeiten „zielen auf denselben Erfolg für das Vermögen" des Gläubigers hin. Aber die zweite Bedingung, die sich von selbst ergebende Scheidung in Haupt- und Nebenpflicht, erscheint nicht erfüllt. Denn die Ver-

pflichtung des unmittelbaren Besitzers ist der des mittelbaren durchaus nicht „angehängt", sondern im Gegenteil völlig unabhängig von ihr. Sie hat nicht notwendig zur Voraussetzung, dass ein Herausgabeanspruch gegen einen mittelbaren Besitzer überhaupt bestehe, sondern stützt sich lediglich auf die Tatsachen, dass der Beklagte Besitzer und der Kläger Eigentümer ist (oder mittelbarer Besitzer, woraus, wenigstens bei beweglichen Sachen, die Vermutung auf sein dingliches Recht, einerlei welches, entspringt.). Da sich demnach die Nebenpflicht des unmittelbaren Besitzers als eine selbständige (Haupt-) Pflicht, gleichbedeutend mit der des mittelbaren Besitzers, erwiesen hat, trifft somit die zweite Voraussetzung Stammlers von dem „sich gemeinsam spiegelnden Gedanken" für eines der von ihm angeführten Beispiele nicht zu, und seine ganze Hypothese hat für uns keinen Wert. Es sei nur kurz darüber gesagt, dass sich bei Anwendung des Stammler'schen Gedankens auf § 556 Abs. 3 die Zulässigkeit der dem Anspruch entgegenstehenden Einreden ergeben würde. Aber wie gesagt, die beiden hier zutreffenden Voraussetzungen Stammlers bilden gar keine allgemein giltige Norm, die uns eine sichere Gewähr für das Einrederecht des Untermieters aus dem Recht des Mieters gäbe. Sie würden auch keine befriedigende Lösung bieten für den Fall, dass der Untermieter keine Aufwendungen auf die Mietsache gemacht hat, sondern nur der Mieter. Obgleich dann der Untermieter weder gegen Mieter noch Vermieter einen Ersatzanspruch hätte, müsste ihm doch in Konsequenz der Stammler'schen Ausführungen, infolge der Erstreckung der Haupt- auf die Nebenpflicht, ein solcher Anspruch gegen den Vermieter wegen vom Mieter gemachter Verwendungen bezw. ein Zurückbehaltungsrecht zustehen. Dies kann nicht die Absicht des Gesetzes sein, denn es würde den Schutz eines Rechtes bedeuten, das gar nicht vorhanden ist[1]).

---

[1]) Chary, S. 38, 39.

Wir müssen daher von anderen Gesichtspunkten ausgehen. Zuvor sei jedoch, um etwaigen Zweifeln zu begegnen, gesagt, dass es keinen Widerspruch bedeutet, wenn wir soeben die Unterscheidung der gegenüber dem Vermieter bestehenden Verpflichtungen in Haupt- und Nebenpflicht als nicht hierher passend zurückgewiesen haben, während wir sie doch im ersten Teile als Baustein zur Konstruktion der Untermieterpflicht als einer gesamtschuldnerischen benutzten. Denn wir haben ausdrücklich betont, dass die Unterscheidung vollständig richtig sei, dass sie sich nur nicht als ein Gesichtspunkt darstelle, der für alle Fälle, in denen das Gesetz eine Einrede aus fremdem Recht gewährt, gemeingiltig sei.

Wir legen im Folgenden ebenfalls den § 986 zugrunde, aber in anderer Weise als Stammler. Wir legen den Ton darauf, dass die dort statuierte Einrede aus dem Rechte eines Dritten, die dem Eigentümer gegenüber zusteht, durch das Gesetz selbst auch gegen andere Personen ausgedehnt wird, z. B. gegen den Erbbauberechtigten (§ 1017), den Niessbraucher (§ 1065) und den Pfandgläubiger (§ 1227). In noch weiterer Ausdehnung dieses Gedankens ist nun nicht nur gegen diese dinglich Berechtigten, sondern auch gegenüber den Rückgabeansprüchen aus Schuldverträgen, z. B. denen des Vermieters gemäss § 556 Abs. 3, die Einrede des Rechts zum Besitze „in dem aus § 986 ersichtlichen Masse zuzulassen [1]).

Wolff leitet die Berechtigung dieser Erstreckung des § 986 auf obligatorische Verhältnisse aus dem mittelalterlich deutschen Rechte her. Dieses Recht, so führt er aus [2]), teilte die Klagen nach dem Begehren des Klägers ein in Klagen um Gut und solche um Schuld. Die Klage um Gut entscheide die Frage nach dem besseren Recht zum Besitze, daher wird der Beklagte frei, wenn er ein

---

[1]) Wolff, S. 29.
[2]) Wolff, S. 30.

solches Recht hat, ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger Eigentümer der Sache oder sonstwie dinglich Berechtigter ist. Dieser Rechtsgedanke sei auch heute noch von Einfluss, obwohl das jetzt geltende Recht im Anschluss an das römische eine andere Unterscheidung der Klagen, nämlich in persönliche und dingliche, streng durchführe. Der Beklagte könne daher dem obligatorischen Anspruch des Klägers sein Recht zum Besitze ebenso entgegenhalten, wie wenn dieser Anspruch dinglicher Natur wäre. Denn der obligatorische Herausgabeanspruch sei der Klage um Gut „in seinem innersten Kern verwandt[1])" — in gleicher Weise, wie z. B. der Anspruch aus § 1007 Abs. 2 BGB. auf der altdeutschen Klage wegen unfreiwilligen Gewereverlusts beruht[2]).

Wolffs Auffassung können wir ohne weiteres zustimmen. Das Gesetz gibt keinerlei Anhalt für eine gegenteilige Ansicht, die den eben ausgesprochenen Einfluss der allerdings längst verfallenen deutschen Klagegliederung auf unsere heutigen Anschauungen leugnete, und es ist ja auch nur natürlich, dass die alten Rechtsgedanken nicht völlig untergegangen sind, sondern noch gewisse Spuren hinterlassen haben. Dass Wolffs Ansicht, ein Recht zum Besitze könne auch gegenüber obligatorischen Ansprüchen geltend gemacht werden, auch heute noch juristisch überhaupt denkbar ist, geht aus dem Abs. 2 des § 273 hervor, wo demjenigen, der zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt wird, sofern er einen fälligen Anspruch wegen Verwendungen hat. Damit ist ihm gegenüber dem (obligatorischen) Anspruch des Klägers ein Recht zum Besitze (also eine Einrede nach § 986) eingeräumt[3]).

Wie gestaltet sich nun die praktische Anwendung des gewonnenen Ergebnisses auf unseren vorliegenden Fall?

---

[1]) Wolff, S. 31.
[2]) Wolff, S. 31, Anm. 2.
[3]) E. d. OLG, Bd. 4, S. 27.

Dieses Ergebnis war, um es nochmals zu sagen, die Zulässigkeit der aus § 986 sich ergebenden Einrede nicht ausschliesslich dinglichen, sondern auch obligatorischen Ansprüchen gegenüber. Im ersten Teil unserer Abhandlung haben wir nun den Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter, weil auf dem obligatorischen Hauptvertrage beruhend, als ebenfalls obligatorisch genügend charakterisiert. Eine Einrede fällt daher gleichfalls unter die Vorschrift des genannten Paragraphen, d. h. der beklagte Untermieter als unmittelbarer Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, solange (er oder) der mittelbare Besitzer, der Mieter, dies (wegen Verwendungen auf die Mietsache) tun kann. Er hat also einen Ersatzanspruch auch wegen nicht selbstgemachter Aufwendungen, er hat eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten.

Zu demselben Schluss kommt Rappaport, wenn auch auf anderem Wege[1]). Ferner gewährt auch Oertmann[2]) dem Untermieter ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen des Mieters. Diese Zustimmung Oertmanns für unsere Auffassung kann für uns indessen nicht von Wert sein, denn er musste zu ihr notwendig kommen als Folgerung seiner von uns im ersten Teil der Arbeit abgelehnten Annahme, die der Einrede entgegenstehende Verpflichtung stelle sich als gesetzliche Schuldübernahme dar. Demgemäss wäre die Lösung unserer Frage allerdings sehr einfach aus § 417 zu entnehmen. Ferner beruft sich Oertmann bei der Begründung seiner Ansicht auf das Wort „auch“ im Abs. 3 des § 556, aber diesem Wort ein gar so grosses Gewicht beizulegen, erscheint uns verfehlt[3]). Im ersten Teil unserer Arbeit war eine derartige Betonung des Wortes „auch“ gerechtfertigt durch die Notwendigkeit, den Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter als gleicher Art wie den gegen den Mieter, d. h. als ebenfalls obligatorisch, zu

[1]) Rappaport, S. 204.

[2]) Oertmann, Anm. 3c zu § 556.

[3]) Vgl. auch Romeick, S. 32.

charakterisieren. Bei unserer gegenwärtigen Aufgabe aber, die dem Untermieter diesem Anspruch gegenüber eventuell zustehenden Einwendungen zu begründen, scheint eine gleiche Hervorhebung des Wortes „auch“ nicht am Platze. Wohl zu verstehen: dem Untermieter sind im allgemeinen die Einwendungen des Mieters zuzugestehen, aber nicht infolge der Gleichsetzung der beiden Ansprüche, die der Vermieter gegen Mieter und Untermieter hat, sondern nur aus den Gründen, die wir bei Charakterisierung unserer Ansicht entwickelt haben.

Für diese Ansicht sprechen ferner Mittelstein, S. 454; Schollmeyer, S. 66; Crome § 237 Anm. 46; Enneccerus S. 900.

Von gegenteiligen Auffassungen, die also dem Untermieter kein Recht gegen den Vermieter wegen vom Mieter gemachter Verwendungen auf die Mietsache gewähren, sind zu nennen Romeick S. 31/32; Planck Anm. bc zu § 556 Abs. 3 und Nissen S. 204.

Im allgemeinen sei noch gesagt, dass die von uns befürwortete Zulässigkeit einer Einrede aus dem Rechte eines Dritten sich auch am besten der von uns als richtig angenommenen Ansicht anschliesst, die Herausgabepflicht des Untermieters sei eine gesamtschuldnerische, insofern nämlich „der bei Gesamtschulden vorwaltende auf finaler Verknüpfung beruhende Gesichtspunkt gleichzeitiger Tilgung beider Ansprüche durch einen Erfüllungsakt in Betracht kommt“ [1]). An anderer Stelle erklärt Rappaport die Berufung des Untermieters auf das Recht des Mieters noch damit, dass „jeder, der seine Rechtsstellung auf das Vorhandensein gewisser rechtlicher Beziehungen knüpft“ (— wie der Vermieter den Anspruch gegen den Untermieter auf den Hauptvertrag mit dem Mieter —), „sich gefallen lassen muss, aus diesen von ihm selbst aufgestellten Anspruchsvoraussetzungen heraus bekämpft zu

---

[1]) Rappaport, S. 222. Vgl. auch Stammler. S. 135/36.

werden“[1]). Diese Erklärung ist indessen, wenn sie auch einen richtigen Grundgedanken ausspricht, viel zu allgemein gehalten, um eine genaue, streng sachliche Lösung der angeschnittenen Frage herbeizuführen.

Die Begründung der von uns verfochtenen Ansicht beruhte darauf, dass wir das Einrederecht gegen den Eigentümer gemäss § 986 auch gegen obligatorische Ansprüche ausdehnten. Ist der Vermieter, um auch noch diese Möglichkeit zu erschöpfen, nun auch noch Eigentümer der Sache, so steht seinem Anspruch, der sich jetzt als dinglich, als rei vindicatio darstellt, die Einrede aus § 986 direkt entgegen, ohne dass es erst der angeführten Erweiterung bedarf.

Nach § 547 Abs. 2 Satz 2 entspringt für den Mieter aus dem Hauptvertrage das Recht, eine Einrichtung, mit der er die Sache während der Dauer der Miete versehen hat, wegzunehmen.

Ist ein solches Wegnahmerecht auch dem Untermieter zuzusprechen?

Wir müssen wieder unterscheiden, ob diese Einrichtungen vom Mieter oder vom Untermieter selbst herrühren. Im letzten Fall ist ihm das Wegnahmerecht zu gewähren, analog dem Ersatzanspruch, den er wegen eigener Aufwendungen gegen den Mieter hat, und zwar kommen wir zu diesem Resultat durch folgende Betrachtung: der Mieter kann, wie erwähnt, eine Einrichtung wegnehmen, die er an der Sache angebracht hat. Dieses „er“ ist nun natürlich nicht wörtlich so aufzufassen, als ob der Mieter mit eigener Hand die Einrichtung hätte schaffen müssen, sondern sie kann auch auf seine Anweisung z. B. von einem Handwerker hergestellt worden sein oder — und das ist hier ausschlaggebend — sonst von irgend jemandem, für den der Mieter dem Vermieter gegenüber die Verantwortung trägt. So z. B. vom Untermieter, mit dem der Vermieter in gar keiner Beziehung

---

[1]) Rappaport. S. 221, 222.

steht, von dessen Vorhandensein er vielleicht keine Ahnung hat, und dessen Einwirkungen auf die Mietsache ihn zunächst garnicht rechtlich berühren, sondern nur insoweit, als diese Einwirkungen durch die Mittelsperson des Mieters, gemäss dem Hauptvertrage, vor ihm zur Geltung gebracht werden können.

Aus diesem Gesichtspunkt heraus, der die wegzunehmenden Einrichtungen des Untermieters vor dem Vermieters als solche des Mieters erscheinen lässt, ergibt sich nun als einfache Schlussfolgerung, dass das Wegnahmerecht dem Untermieter auch direkt zuzusprechen ist. Andernfalls könnte der Vermieter diesem Wegnahmerecht sehr einfach dadurch entgehen, dass er den Herausgabeanspruch statt an den Mieter an den Untermieter richtet, wie dies ja überhaupt in seinem Belieben steht. Dadurch würde aber die Rechtsstellung des Vermieters eine günstigere werden, dies liegt aber, wie schon genügend hervorgehoben, nicht im Willen des Gesetzes.

Im übrigen richtet sich das Wegnahmerecht nach der allgemeinen Vorschrift des § 258 BGB., d. h. der Untermieter hat im Falle der Wegnahme der Einrichtung die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen, und er muss eventuell für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit leisten. Würde sich die Sache nach Wegnahme der Einrichtung nicht wieder in den vorigen Stand zurückversetzen lassen, so fällt das Wegnahmerecht fort, und dem Untermieter bleiben nur die allgemeinen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Ebenso hat der Untermieter kein Wegnahmerecht, wenn es im Hauptvertrage ausgeschlossen war, und er darf es, wie der Mieter, nach der allgemeinen Vorschrift des § 226 BGB. nicht geltend machen, wenn es sich als blosse Chikane darstellt.

Der Untermieter kann also ebenso wie einen Ersatzanspruch wegen eigener Verwendungen so auch ein Wegnahmerecht wegen eigener Einrichtungen dem Herausgabeanspruch des Vermieters gegenüber zur Geltung

bringen. Er kann aber nicht, wie er vorhin seinen Ersatzanspruch auf vom Mieter gemachte Aufwendungen ausdehnen durfte, in entsprechender Weise jetzt sein Wegnahmerecht auf vom Mieter stammende Einrichtungen erweitern. Aus zwei Gründen. Einmal aus einem schon bei anderer Gelegenheit angewandten: wenn nämlich der Untermieter die Sache garnicht mit einer Einrichtung versehen hätte, sondern nur der Mieter, und man trotz dessen dem Untermieter ein Wegnahmerecht zubilligen wollte, so wäre er damit in Bezug auf ein Recht geschützt, das ihm nicht zusteht bezw. in seiner Person garnicht existiert. Ferner können wir eine solche Ausdehnung des Wegnahmerechts des Mieters auf den Untermieter nicht, wie vorhin bei der Erstreckung des Ersatzanspruchs des Mieters auf ihn, aus dem § 986 herleiten, indem wir etwa folgendermassen definierten: die im § 986 gegebene Einrede, nämlich das Recht zum Besitze, findet auch obligatorischen Ansprüchen gegenüber Anwendung, so dass z. B. der Untermieter dem Vermieter die Herausgabe der Mietsache solange verweigern könnte, bis dieser ihm die Wegnahme der (von ihm oder) dem mittelbaren Besitzer, dem Mieter, gemachten Einrichtung gestattet. Dies wäre unrichtig, denn wie aus § 258 klar hervorgeht, gewährt das Wegnahmerecht gar kein Recht zum Besitz der Sache, die Voraussetzung, unter der der genannte Paragraph überhaupt nur Anwendung findet, ist also hier nicht gegeben.

Dem Untermieter sind aber noch andere Waffen in die Hand gegeben, um dem Herausgabeanspruch des Vermieters zu begegnen. Diese Verteidigungsmittel ergeben sich zum Teil aus den schon früher einmal erwähnten drei Voraussetzungen, die dem Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter zugrunde liegen[1]). Es muss nämlich

---

[1]) Vgl. Panck, Anm. b zu § 556 Abs. 3. Rappaport S. 219.

1) bezüglich der Sache überhaupt ein Mietverhältnis bestanden haben; denn das Rückforderungsrecht steht dem Vermieter als solchem zu, stützt sich also auf dessen (Haupt-) Mietvertrag. 2) Dieses Mietverhältnis muss (durch Kündigung, Ablauf des Vertrages oder auf sonst eine Art) beendigt sein, und 3) muss der Untermieter von dem Mieter den Gebrauch der Sachen übertragen bekommen haben, wie im § 556 Abs. 3 besonders vorgeschrieben ist. Gegen einen anderen dritten Besitzer der Sache, z. B. einen Verwahrer, hat der Anspruch des Vermieters keine Wirkung.

Entsprechend diesen Voraussetzungen kann der Untermieter dem Vermieter gegenüber einmal die Beziehungen des Vermieters zum Mieter, oder besser gesagt des Klägers zu der zwischen ihnen stehenden Person zum Gegenstand einer Einrede machen. Er kann nämlich einwenden, dass diese Beziehungen sich nicht als ein Mietsverhältnis darstellen, sondern dass zwischen ihnen ein anderer oder gar ein Vertrag vorliege [1]).

Ferner kann sich der Untermieter darauf stützen, dass das Vertragsverhältnis zwischen Kläger und Zwischenmann noch nicht beendet sei. Er kann diese Beendigung jedoch nicht bestreiten, wenn der Mieter sie in irgend einer Form, z. B. in einem Aufhebungsvertrage mit dem Vermieter, anerkannt hat. Denn es genügt das Einverständnis zwischen Vermieter und Mieter, um den zwischen ihnen geschlossenen Mietvertrag wieder aufzuheben, und wenn der Untermieter ein Recht auf längeren Gebrauch der Mietsache realisieren will, so kann er es nur aus dem Untermietvertrage herleiten, d. h. dem Mieter gegenüber geltend machen [2]). Ein anderes ist es, wenn der Untermieter einer Beendigung des Hauptvertrages, die durch Kündigung wegen zweimaligen Nichtbezahlens des

---

[1]) Rappaport, S. 219.

[2]) Oertmann, Anm. 3b zu § 556. Hellwig, Rechtskr. S. 28. Crome, S. 551 Anm. 46

Mietzinses droht (§ 554), dadurch vorbeugt, dass er vor vollzogener Kündigung den Mietzins für den Mieter bezahlt. Denn dies ist nicht ein ausschliesslich aus dem Untermietvertrage sich ergebendes Recht, sondern es steht nach der allgemeinen Vorschrift des § 267 BGB. jedem beliebigen Dritten zu[1]).

Die beiden eben besprochenen Einwendungen des Untermieters sind solche aus dem Verhältnis des Mieters zum Kläger, in diesem Sinne mithin „Einreden aus dem Rechte eines Dritten". Eine weitere, aus der unten angeführten dritten Voraussetzung des Vermieteranspruchs folgende Einwendung, die der Untermieter aus seinem eigenen (Unter-) Mietvertrage schöpft, ist die, er habe die Sache nicht zum Gebrauche erhalten, also gewissermassen eine „Einrede aus dem Rechte gegen einen Dritten[2])." Die Klage des Vermieters soll hier von vornherein unbegründet sein und nicht erst durch Zuhilfenahme einer Einrede des Dritten geschlagen werden müssen[3]). Ist dem Untermieter aber die Mietsache zur Gebrauchsüberlassung übertragen worden, so kann er sich ebensowenig wie der Mieter selbst darauf berufen, er habe die Sache einem anderen weitergegeben, sei es ebenfalls zum Gebrauch oder zu anderen Zwecken[4]). Es ist dies kein Widerspruch zu dem im ersten Teile der Arbeit Gesagten, wo dem Vermieter der Anspruch gegen den Untermieter versagt wurde, wenn dieser nicht mehr im Besitze der Mietsache ist. Denn dort handelte es sich um den Fall, dass der Untermieter den Besitz deshalb nicht mehr hatte, weil er ihn wieder an seinen Vermieter, den Mieter, zurückabgetreten hatte. Bei solcher Konstellation würde ein Anspruch auf Herausgabe gegen ihn allerdings gegenstandslos sein, wie wir an der betreffenden Stelle aus-

[1]) Oertmann, Anm. 3b zu § 556. Reiche, S. 97.

[2]) Rappaport, S. 219.

[3]) Stammler, S. 109. Dernburg Pr. Pr. R. I, § 127 Nr. 12.

[4]) Romeick, S. 20.

führlich begründet haben. Aber die Verpflichtung des Untermieters „erlischt nicht, wenn der Dritte durch eigenes Verschulden sich in die Unmöglichkeit versetzt hat, die Sache zu restituieren[1])", und ein solches Verschulden, so interpretieren wir, liegt vor, wenn er den ihm überlassenen Gebrauch in einer solchen Weise ausübt, dass er die Sache an einen anderen weitergibt und so dem Vermieteranspruch auf Herausgabe mehr oder weniger Schwierigkeiten in den Weg legt. — Mit der Rückgabe an den Mieter und der daraus resultierenden Befreiung von der Herausgabepflicht ist natürlich, um dies noch zu erwähnen, die an einen sonstigen Vordermann im Gebrauch identisch, wenn der früher besprochene Fall einer mehrfachen Weitervermietung vorliegt[2]). Nur für einen Nachmann trägt der Dritte stets die Verantwortung.

Als weitere Einrede gegen den Vermieteranspruch kann der Untermieter geltend machen, er sei Eigentümer der Mietsache, bezw. Inhaber eines anderen dinglichen Rechts, vermöge dessen er seinerseits von dem Vermieter Herausgabe der Sachen verlangen könnte[3]). Diese Berufung auf das Eigentum erstreckt sich auch auf Grundstücke, denn der oben besprochene Fall des § 556 Abs. 2 räumt Grundstücken nur insofern eine privilegierte Stellung ein, als dem Mieter (und in weiterer Ausdehnung dem Untermieter) wegen Verwendungen auf sie kein Zurückbehaltungsrecht wie bei beweglichen Sachen zusteht — sofern nicht, wie wir hinzufügen müssen, der Mieter (bezw. der Untermieter) durch ein stärkeres Recht, das Eigentum, gestützt wird. Dieses Eigentumsrecht kann freilich wieder dadurch illusorisch werden, dass dem Vermieter seinerseits ein Recht auf den Besitz, z. B. infolge eines Niessbrauchs, zusteht[4]).

---

[1]) Hruza, S. 55.

[2]) Rappaport, S. 217ff.

[3]) Schollmeyer, S. 67. Mittelstein, S. 454. Crome, S. 551, Anm. 46. Windscheid-Kipp II, S. 691.

[4]) Enneccerus, S. 899.

Natürlich fällt auch die Rückgabepflicht des Hauptmieters fort, wenn er Eigentümer der Mietsache ist, z. B. wenn er nach Eingehung des Hauptvertrages vom Vermieter das Eigentum erwarb, ohne dass dieser sich ein zum Besitz berechtigendes Recht vorbehielt[1]). Ist in solchem Falle nun auch der Untermieter berechtigt, dem die Sache herausverlangenden Vermieter das Eigentumsrecht des Mieters, also eines Dritten, entgegenzuhalten? Wir glauben ja, aus den schon mehrfach zur Anwendung gelangten Gründen: der Mieter als mittelbarer Besitzer ist kraft seines Eigentums zum Besitze berechtigt, damit auch der unmittelbare Besitzer, der Untermieter, und zwar kann dieses Recht zum Besitze auch dem obligatorischen Anspruch des Vermieters gegenüber geltend gemacht werden.

Der Untermieter kann sich ferner dem Vermieter gegenüber darauf berufen, dass der Mieter schon geleistet habe, d. h. die Mietsache des Vermieters wieder zurückgegeben habe, nachdem dieser seinen Anspruch gegen den Dritten geltend gemacht hatte. Dies folgt aus dem Gesamtschuldverhältnis, in dem Mieter und Untermieter zu einander stehen. Bei einem solchen werden durch die Leistung alle befreit, gleichviel, ob sie von einem einzigen Schuldner oder von mehreren bezw. allen bewirkt wird, (§ 422 BGB.[2]). Der Gläubiger ist nunmehr befriedigt, und wie das Gesamtschuldverhältnis ist auch jede einzelne Schuldverpflichtung aufgehoben, in unserem Falle also auch der Untermieter dem Vermieter nicht mehr verhaftet[3]).

Er wird ferner frei, wenn der Vermieter dem Mieter die Rückgabe der Mietsache erlässt (§ 423 BGB.), vorausgesetzt, dass durch diesen Erlassvertrag das ganze Schuldverhältnis aufgehoben werden sollte, und schliess-

---

[1]) Oertmann, Anm. 2c zu § 556. Crome, S. 551, Anm. 42.
[2]) Engelmann, S. 228.
[3]) Reiche, S. 98.

lich kann der Untermieter dem Vermieter entgegenhalten, er sei mit der Annahme der Mietsache dem Mieter gegenüber in Verzug gekommen, denn „der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner“ (§ 424).

Diese letztgenannten Einwendungen waren die in § 425 bezeichneten „Tatsachen“, die nicht nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten, wirken; sie stehen damit im Gegensatz zu anderen Tatsachen, die nur für den einen Gesamtschuldner bedeutsam sind — „soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt.“ Da aber bei unserer vorliegenden Gesamtschuld die Schuld des Mieters eine Voraussetzung für die des Untermieters bildet, so werden wir aus dieser besonderen Struktur folgern dürfen, dass die Ausnahme von der Regel (dass sich nämlich „ein anderes ergibt“), für die Mehrzahl dieser anderen Tatsachen bezw. Einwendungen zutrifft und sich nicht nur, wie bei einer gewöhnlichen Gesamtschuld, auf die vom Gesetz selbst (§§ 222 bis 224) genannten beschränkt. So haben wir diese Wirkung auf einen Dritten bezw auf den anderen Gesamtschuldner bereits früher bei dem Ersatzanspruch wegen Verwendungen konstatiert, und wir finden sie weiter bei der Verjährung. Ist der Anspruch des Vermieters gegen den Mieter verjährt, so kann er ihn auch nicht mehr gegen den Untermieter geltend machen[1]).

Wie steht es nun aber mit einem Urteil, das in einem Räumungsprozess zwischen Vermieter und Mieter gefällt worden ist? Erstreckt sich die Rechtskraft eines solchen Urteils gemäss § 325 ZPO. auch auf den Untermieter oder kann dieser gegen einen auf ein solches Urteil gestützten Herausgabeanspruch des Vermieters einwenden, ein solches Urteil berühre ihn nicht?

---

[1]) Reiche, S. 98.

Wir müssen unterscheiden zwischen einem Urteil, das für und einem solchen, das gegen den Mieter entschieden hat. Oft wird dieser Unterschied zwar übersehen und die Wirkung der beiden entgegengesetzten Möglichkeiten für Dritte von einem und demselben Gesichtspunkt aus erwogen. Tatsächlich liegen die Fälle aber wesentlich verschieden.

Einem Urteil, das gegen den Mieter spricht, werden wir Vollstreckbarkeit gegen den Untermieter nicht zusprechen können — natürlich unter Unterstellung des Falles, dass dem Untermieter vom Mieter der Gebrauch der Mietsache bereits vor der Rechtshängigkeit des fraglichen Prozesses überlassen worden war. Denn „es gäbe keine grössere Ungerechtigkeit, als Dritten zuzumuten, das Ergebnis eines durch mangelhafte Prozessführung anderer (infolge der Verhandlungsmaxime) unrichtig entschiedenen Prozesses auch für sich anzuerkennen, auch für sich Unrecht an die Stelle des Rechts setzen zu lassen, obwohl sie in der Lage sind, ihr Recht nachzuweisen“ [1]). Das Urteil kann also nicht gegen den Untermieter zur Zwangsvollstreckung verwendet werden, und um auch ihn zur Räumung zu zwingen, ist eine besondere Klage gegen ihn nötig [2]). Anders steht es dagegen mit einem Urteil, das zu Gunsten des Mieters entschieden hat. Wenn wir dessen Wirkung auf einen Dritten, den Untermieter, ausdehnen, so geschieht dies zu Lasten des am Prozess selbst beteiligten Vermieters, der die eventuelle Erstreckung der Rechtskraft auf den Dritten vorhersehen und schon im Prozess selbst demgemäss seine Rechte wahrnehmen konnte. Hat er das nicht getan, so muss er auch die Folgen tragen [3]).

---

[1]) Fischer in Jherings Jahrb. S. 162.

[2]) Oertmann, Anm. 5 zu § 556. Eck-Leonhard, S. 488, Brückner, S. 101.

[3]) Fischer in Jher. Jahrb. S. 167, 168.

Die Ansicht, dass ein gegen den Mieter sprechendes Urteil, das die Beendigung des Hauptmietverhältnisses und somit die Rückgabepflicht feststellt, sich nicht auch gegen den Untermieter richtet, wird von der überwiegenden Mehrheit der Autoren vertreten[1]). Auch Schollmeyer S. 67 und Romeick S. 26 stimmen zu, schiessen aber u. M. nach über das Ziel hinaus, insofern sie eine Erstreckung der materiellen Rechtskraft auch für den Fall leugnen, dass die Mietsache erst nach der Rechtshängigkeit des zwischen Vermieter und Mieter entstandenen Rechtsstreites in den Besitz des Untermieters gelangt ist. Dem ist nicht beizupflichten[2]).

Als Vertreter der entgegengesetzten Auffassung, die auch bei Gebrauchsüberlassung vor der Rechtshängigkeit das gegen den Mieter gefällte Urteil gegen den Untermieter wirken lässt, sind nur zu nennen Wach und Mendelssohn-Bartholdy[3]).

Unsere Ansicht geht auch aus dem schon mehrfach erwähnten § 425 BGB. hervor. Gemäss dieser Vorschrift wirkt die Tatsache, dass gegen den einen Gesamtschuldner ein Urteil erstritten worden ist, nicht gegen den anderen Gesamtschuldner. Denn wenn wir auch an früherer Stelle, infolge der besonderen Eigenart der vorliegenden Gesamtschuld, den Kreis der für und gegen dritte Gesamtschuldner wirkenden Tatsachen über das Mass der in § 425 angeführten erweitert haben, so lässt sich eine solche Ausdehnung doch nicht für die erwähnte Erstreckung der Rechtskraft rechtfertigen. Dagegen spricht der Charakter des Anspruchs aus § 556 Abs. 3 als einer Sondervorschrift; eine solche soll aber, wenigstens nach

---

[1]) Eck-Leonhard, S. 488. Crome, § 237, Anm. 47. Kohler-Lehrb. S. 318. Fuld, S. 109. Mittelstein, S. 454. Neumann, Anm. 3 zu § 556. Oertmann, Anm. 5 zu § 556 Kuttner, S. 109.

[2]) s. Kuttner, S. 109.

[3]) Wach, S. 71 Anm. 1. Mendelssohn-Bartholdy, S. 443/44.

der Seite der Belastung des Dritten hin, möglichst wenig oder gar nicht ausdehnend gedeutet werden[1]).

Endlich wird die Richtigkeit unserer Ansicht noch durch die Motive bestätigt[2]), in denen ausdrücklich verneint wird, dass „das Räumungsurteil, das der Vermieter kraft seines obligatorischen Rechts gegen den Mieter erstritten hat, auch gegen den Untermieter rechtskräftig wird."

Welches ist nun die Konsequenz des gewonnenen Ergebnisses?

Wir würden fehlgehen, wenn wir daraus den Schluss zögen, dass dem zwischen Vermieter und Mieter ergangenen Räumungsurteil überhaupt jede rechtliche Einwirkung auf den Untermieter abgeht, und wenn wir beispielsweise sagten: einem Anspruch des Vermieters gegen Untermieter auf Herausgabe, der sich auf ein gegen den Mieter gerichtetes Räumungsurteil stützt, kann von dem Untermieter stets der Einwand entgegengehalten werden, dass dieses Urteil für ihn in keiner Weise von Einfluss sei. Diese Schlussfolgerung würde über das Ziel hinausschiessen.

Vergegenwärtigen wir uns von neuem die oben gebrachte Unterscheidung der beiden das Gesamtschuldverhältnis bildenden Pflichten in eine Haupt- und eine Nebenpflicht. Unter keinen Umständen, so wurde ferner ausgeführt, ist der Untermieter dem Vermieter gegenüber zu längerer Inhabung der Mietsache berechtigt, als es der Mieter ist — abgesehen natürlich von besonderer Vereinbarung.

Aus dieser absoluten Abhängigkeit der Rückgabepflicht des Untermieters von der des Mieters beweist Kuttner[3]), dass das Räumungsurteil gegen den Vermieter

---

[1]) Reiche, S. 99. Kuttner, S. 109.

[2]) Mot. S. 397, 398.

[3]) Kuttner, S. 111. Aehnlich auch Hellwig, Rechtsk S. 28, 29.

in gewisser Hinsicht auch für den Untermieter massgebend sein muss, ohne dass es sich hierbei um eine Erstreckung der Rechtskraft handelt. Und zwar schlägt er zur Begründung folgenden Weg ein: Er geht aus von der Vorschrift des § 129 HGB., die einem Gesellschafter, der wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen wird, Einwendungen, die nicht in seiner Person liegen, nur insoweit gewährt, als sie auch von der Gesellschaft erhoben werden könnten. Analog dieser Vorschrift definiert er, dass gegenüber dem Vermieter, der den Untermieter wegen einer Verbindlichkeit des Hauptmieters (nämlich auf die auch von diesem geschuldete Rückgabe der Sache) in Anspruch nimmt, der Untermieter (ausser den in seiner Person liegenden) nur solche Einwendungen zur Geltung bringen kann, die auch der Hauptmieter noch erheben könnte.

Dieser Vergleich erscheint uns glücklich. Beide Fälle haben das, worauf es hier ankommt, gemeinsam: hier die Anhängigkeit des Untermieters von dem Mieter, dort die des Gesellschafters von der Gesellschaft. Es ergibt sich aus dem Vergleich nunmehr, dass dem Untermieter die Einwendung, das Hauptmietverhältnis sei noch nicht beendigt, nicht nur dann entzogen ist, wenn diese Beendigung in konkreter Weise, materiellrechtlich, erfolgt ist, z. B. durch Kündigung oder Vereinbarung zwischen Vermieter und Mieter, sondern auch dann, wenn das Erlöschen des Hauptvertrages in prozessualer Form, durch ein Räumungsurteil in einem Prozess zwischen Vermieter und Mieter, zum Ausdruck gebracht worden ist. Denn dann hat der Mieter die Einwendung, das Mietverhältnis bestehe noch, verloren und damit. wenn wir § 129 HGB. in der angeführten Weise auf das Untermietverhältnis anwenden, auch der Untermieter. Auch auf ihn hat demnach das Urteil gegen den Mieter die Wirkung, „dass er nunmehr alle Einwendungen aus dem Rechte des Hauptmieters verliert,

mit welchen auch dieser nicht mehr gehört werden darf[1])."

Welches sind nun, zusammengefasst, die Ergebnisse unserer Untersuchungen?

Auf die Fragen, die wir uns vorgelegt haben, haben wir folgende Antworten gefunden:

1) Die Rückgabepflicht des Untermieters gegenüber dem Anspruch des Vermieters stellt sich dar als eine gesamtschuldnerische in Verbindung mit der des Mieters, und zwar zeigt dieses Gesamtschuldverhältnis besondere Eigenarten in der Beziehung, dass die beiden Verpflichtungen, aus denen es zusammengesetzt ist, sich in eine umfassendere Haupt- und eine enger begrenzte Nebenverpflichtung scheiden, wobei die Existenz der Hauptpflicht bezw. der Hauptvertrag Voraussetzung für das Bestehen der Nebenpflicht bezw. des Nebenvertrages ist.

2) Aus dieser Besonderheit unseres Gesamtschuldverhältnisses ergeben sich die Einwendungen, die dem einen Gesamtschuldner, dem Untermieter, als Träger der Nebenpflicht gegen den Anspruch zustehen. Es wirken nämlich nicht nur, wie für jeden anderen Gesamtschuldner aus irgend einem beliebigen Gesamtschuldverhältnis, für ihn ausser den Tatsachen, die „in seiner Person eintreten" (§ 425), die in demselben Paragraphen angeführten, aus §§ 422—424 ersichtlichen Tatsachen aus der Person des anderen Gesamtschuldners, sondern der Kreis der Einwendungen ex iure tertii ist noch mehr erweitert. Und zwar in Konsequenz des erörterten Abhängigkeitsverhältnisses, in dem die Gesamtschuld des Beklagten zu der des Dritten steht. Es ist ja auch ganz verständlich, dass bei einer Gesamtschuld, bei der die eine Pflicht in so grundlegendem Masse auf der anderen basiert, eine entsprechende stärkere Bezugnahme jener auf diese möglich sein muss, wie bei einer anderen Gesamtschuld, deren Einzelpflichten völlig unabhängig von einander entstanden

[1]) Kuttner, S. 112.

sind und die vielleicht nur der Zufall zu einem Ganzen verbunden hat. Es ergibt sich demnach für unser Schuldverhältnis „ein anderes", wie der Ausdruck in § 425 lautet, und der Untermieter kann dem Vermieter noch weitere „Tatsachen" aus der Person des Mieters entgegensetzen, so vor allem dessen Ersatzansprüche wegen Verwendungen.

Eine Beantwortung der von uns in unserer Arbeit aufgeworfenen Fragen, die wir im Vorstehenden versucht haben, erscheint uns nicht nur deswegen von Wert, dass damit die Einordnung einer Rechtsvorschrift von bisher streitigem Charakter in ein bestimmtes System ermöglicht oder, wie Kohler[1]) sich ausdrückt, dass damit der Nachweis geführt wird, „welche Stellung die betreffende Einzelerscheinung in der Gesamtheit einnimmt", — sondern noch viel wichtiger ist die Anwendung des gewonnenen Ergebnisses für das praktische Leben. Denn mit der juristischen Definition des Anspruchs ist zugleich der Rahmen für die ihm entgegenstehenden Einwendungen gefunden, was bei der Rolle, die das Institut der Miete und Untermiete in unserm wirtschaftlichen Leben spielt, von der grössten Bedeutung ist. Man denke nur an den häufigen Ortswechsel von Personen, die keinen eigenen Hausstand besitzen!

Die wissenschaftliche Beantwortung unserer Fragen ergibt also auch die praktische Handhabung der betreffenden gegenseitigen Ansprüche. Das aber ist ja die Aufgabe der Rechtswissenschaft: dass sie dem Leben dienen soll.

---

[1]) Kohler, Pfandrechtl. Forsch. S. 8

Lebenslauf.

Am 3. September 1886 bin ich, Manfred Kurt Richter, in Freiburg i. Schl. geboren. Ich bin der Sohn des Kaufmanns Paul Richter und seiner Frau Hedwig geb. Zimmer. Ich bin Preusse und evangelischer Konfession. Meine Schulbildung habe ich auf der städtischen Volksschule und der städtischen Oberrealschule in Freiburg i. Schl. erhalten, an der ich Ostern 1907 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte 8 Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Jena, Leipzig und Breslau. Am 13. Juli 1911 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 21. Juli 1911 vor der hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau die mündliche Doktorprüfung. Seit dem 31. Juli 1911 bin ich bei dem Königlichen Amtsgericht in Freiburg i. Schl. als Referendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt.